



سلسلة الدراسات القانونية (2)

أثر اندماج الشركات على حقوق الدائنين في القانون السوداني

د. عبد اللطيف موسى الماحي موسى

2021

وحدة البحوث والنشر - مركز بحوث ودراسات دول حوض البحر الأحمر - السودان

أثر اندماج الشركات على حقوق الدائنين في القانون السوداني - د. عبد اللطيف موسى الماحي موسى



د. عبد اللطيف موسى الماحي موسى

مكان الميلاد : قرية الشيخ الصابونابي ، ولاية

سنار بتاريخ 1960م.

المراحل التعليمية :

مدرسة الشيخ محمد الصابونابي الإبتدائية - مدرسة أم

بنين المتوسطة - مدرسة الدندر الثانوية .

الدرجة العلمية : دكتوراة الفلسفة في القانون

الخاص .

المؤهلات العلمية :

بكالوريوس القانون جامعة النيلين 2012م

ماجستير القانون ، جامعة الزعيم الأزهري 2015م

دكتوراة الفلسفة في القانون ، جامعة الزعيم الأزهري

2019م .

الخبرات العملية :

محامي ومستشار قانوني

محاضر متعاون بالعديد من الجامعات السودانية .

ردمك ISBN 978-99988-804-9-8

رقم الإيداع: 2021/771



دار آريثريا للنشر والتوزيع
Arrythria for Publishing and Distribution

سلسلة الدراسات القانونية (2)

أثر اندماج الشركات على حقوق الدائنين في القانون السوداني

د. عبداللطيف موسى الماحي موسى

الطبعة الأولى 2021م

الكتاب : اثر اندماج الشركات على حقوق الدائنين في القانون السوداني
الكاتب : د. عبد اللطيف موسى الماحي موسى
تاريخ النشر : الطبعة الأولى 2021م
رقم الإيداع : (2021 / 771)
التصميم والإخراج : عادل محمد عبد القادر

فهرسة المكتبة الوطنية أثناء النشر - السودان
346.066026 عبد اللطيف موسى الماحي موسى، 1960 -

ع ل. 1

اثر اندماج الشركات على حقوق... / عبد اللطيف موسى الماحي موسى. - ط. 1. -
الخرطوم: دار آريثريا، 2021.
248 ص؛ 24 سم.
ردمك 978-99988-804-9-8 ISBN
1. الشركات - قوانين وتشريعات - السودان. أ. العنوان

حقوق النشر محفوظة للمؤلف

لا يسمح بإعادة إصدار هذا الكتاب أو أي جزء منه، أو تخزينه كنسخة إلكترونية
أو نقله بأي شكلٍ من الأشكال دون إذن خطي مسبق من المؤلف

إن دار آريثريا للنشر والتوزيع غير مسؤولة عن آراء المؤلف وأفكاره،
وتعبر الآراء والأفكار الواردة في هذا الكتاب عن وجهة نظر المؤلف ولا تعبر
بالضرورة عن وجهة نظر الدار.



دار آريثريا للنشر والتوزيع
Aithria for Publishing and Distribution



كلمة الناشر

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد،

القارئ الكريم:

سلسلة الدراسات القانونية هي مجموعة من الدراسات والبحوث العلمية الرصينة الهادفة، عملت دار آرثيريا للنشر والتوزيع على تبنيها والاهتمام بها ونشرها؛ خدمة للبحث العلمي في مجال الدراسات القانونية. وبين يديك القارئ الكريم ثاني إصدارات هذه السلسلة وهو كتاب الأستاذ/د.عبداللطيف موسى الماحي موسى، بعنوان: أثر اندماج الشركات على حقوق الدائنين في القانون السوداني، . وسيجد القارئ انها سياحة قانونية ممتعة بين؛ نتوقع أن يجد القبول والاستحسان من المختصين والمفكرين والباحثين في مجال الدراسات القانونية بمختلف توجهاتهم.

القارئ الكريم:

إن دار آرثيريا للنشر والتوزيع اذ تثمن المجهودات العلمية لجميع الباحثين داخل وخارج الوطن العربي، تؤكد بأنها سوف تعمل بكل جد واجتهاد على توسيع قاعدة النشر العلمي وإتاحته عبر الدار وشركائها، لنشر البحوث التي تسهم في رفد المكتبة العربية والعالمية بالجديد المفيد وبالدراسات الاصيلة والهادفة. القارئ الكريم يؤمن العالم اليوم بالعمل الجاد والبحوث العلمية الرصينة ذات المردود الايجابي على الفرد والمجتمع، ومن خلال هذا المبدأ سنعمل دائماً بحول الله كي تكون الدار منبراً علمياً يشار إليه بالبنان. ومن الله نرجو التوفيق واياه نسأل الاعانة.

المحتويات

الصفحة	الموضوع
7	مقدمة الكتاب
8	مُقدِّمة:
9	مقدمة:
	الفصل الأول:
	مفهوم الشركة وأنواعها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
(20-13)	المبحث الأول: مفهوم الشركة وأنواعها وتكوينها وإدارتها
(36-21)	المبحث الثاني: أنواع الشركات وأقسامها في الفقه الإسلامي
(50-37)	المبحث الثالث: أنواع الشركات في القانون الوضعي وإدارتها
	الفصل الثاني
	أثر اندماج الشركات على حقوق الدائنين
(95-53)	المبحث الأول: مفهوم الاندماج وأهميته وخصائصه
(108-96)	المبحث الثاني: أثر الاندماج على حقوق الدائنين حاملي حصص التأسيس
	الفصل الثالث
	الطبيعة القانونية لجماعة الدائنين والاستحواذ والإفلاس
(140-111)	المبحث الأول: مفهوم جماعة الدائنين والطبيعة القانونية للدائنين
(158-141)	المبحث الثاني: مسؤولية المستحوذ الناشئة عن مساهمته في إدارة الشركة المستحوذ عليها
(174-161)	المبحث الثالث: المسؤولية التقصيرية للمستحوذ على الشركة المساهمة

الصفحة	الموضوع
	الفصل الرابع
	الضمانات لحقوق الدائنين عند اندماج الشركات
(177)	المبحث الأول: ضمانات الدائن المرتهن من خلال القواعد الشكلية والموضوعية في الرهن الحيازي
(200-177)	المبحث الثاني: ضمانات الدائن المرتهن من خلال مسطرة تحقيق الرهن والصعوبات الواردة عليها
(207-201)	المبحث الثالث: الضمان العام ووسائل حماية حق الدائن
(239-208)	المبحث الرابع: الإتفاقات المعدلة لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون
(247-240)	المصادر والمراجع

مقدمة الكتاب :

أجازت جامعة الزعيم الأزهري كلية الدراسات العليا درجة الدكتوراة بتاريخ 2019/12/30م تحت عنوان الأثر القانوني لإندماج الشركات على حقوق الدائنين في القانون السوداني إعداد الباحث: عبداللطيف موسى الماحي موسى ، لجنة المناقشة مكونة من البروفيسور :شيخ الدين عبدالرحمن شذو ممتحن خارجي ، ود. دفع الله العركي الخزين ممتحن داخلي ، ود. محمد عبدالكريم عبدالفضيل مشرفاً وعضواً بلجنة المناقشة ، وتمدد الكاتب بعين فاحصة وأخذة للجوانب العسيرة في الموضوع وكانت نتيجة ذلك أن جعل الأثر القانوني لإندماج الشركات على حقوق الدائنين في القانون السوداني متاحاً وممكنأً ، ولعل من أسباب الإشادة بهذا العمل أنه بحث سوداني تميز بالأصالة ووضوح الغرض ، وينم هذا من تملك المؤلف لموضوعه ، مما حدا بلجنة المناقشة التوصية لوزارة العدل بنشر هذا البحث لأنه تناول علماً لم يكتب فيه الكثيرون مما يعتبر إضافة في مجاله ، ولعل هذا الكتاب إضافة مفيدة في قانون الشركات السوداني لسنة 1925م، وقانون الشركات لسنة 2015م وإستعان الكاتب بالمكتب الفني وحصل على السوابق القانونية الغير منشورة وغطي بذلك جزء القصور النظري والعملي ، مع المقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية في أسلوب متين ، وبهذا يكون الكتاب قد سد ثغرات في القانون التجاري بصفة عامة ، وقانون الشركات وحقوق الدائنين بصفة خاصة وهو سرفراً يضاف إلى المكتبة القانونية السودانية لأن لعملية الإندماج أثار بالغة الأهمية على الشركات المندمجة والدامجة ، فالشركات المندمجة تنقضي وتزول شخصيتها المالية وتنتقل زمتها المالية للشركة الدامجة أو الجديدة التي تخلفها خلافة عامة وتحل محلها في حقوقها وإلتزاماتها ، ولا يفوتنا أن نشكر العلامة المصري د. حسام الدين عبدالغني الصغير لنصائحه القيمة وإرشاداته المتعلقة بموضوع هذا البحث من باب من لا يشكر الناس لا يشكر الله والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل .

أ.د. شيخ الدين شذو .

جامعة النيلين ، كلية القانون

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على اشرف المرسلين سيدنا محمد الصادق الأمين وعلى اله وصحبه وسلم ومن تبعهم بإحسان الى يوم الدين.

تعتبر الشركة من أهم عقود الإستثمار التجاري في الوقت الراهن ، وقد بين الإسلام مشروعيتها وندب إليها لا نها تقوم على مبدأ التعاون وتحقيق المصالح الفردية والجماعية ، جاءت هذه الدراسة التي تمت مناقشتها بتاريخ 2019/12/30م كرسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراة بجامعة الزعيم الأزهري شاملة متناولة مفهوم الشركة، واقسامها في الفقه والقانون السوداني والتشريعات المقارنة مع بيان مفهوم الإندماج وأهميته وصوره، ولهذا الإندماج أثار مرتبة على دائني الشركتين الدامجة والمندمجة أغفل المشرع السوداني في قانون الشركات لسنة 2015م عن إيرادها ، حيث لم تكن فكرة الإنتقال الشامل للذمة المالية للشركات الداخلة في الإندماج واضحة ، غطت هذه الدراسة أثار الإندماج على حقوق الدائنين، مقارنة بالتشريعات الدولية والفقه الإسلامي ، وقد إتبع الباحث الأسلوب الرصين والدقة في إقتباس المعلومات، مطبقاً لمعايير البحث العلمي القانوني ، وحسناً فعل الكاتب بنشر هذا السفر المفيد وإتباعه مسلك الأدباء مستفيداً من قول الشاعر :

كُنْ لِلْعُلُومِ مُصَنِّفًا أَوْ جَامِعًا يَبْقَى لَكَ الذِّكْرُ الْجَمِيلُ مُخْلَدًا
كَمْ مِنْ أَدِيبٍ ذَكَرُهُ بَيْنَ الْوَرِيِّ غَضَّ وَقَدْ أَوْدَى بِهِ صَرْفَ الرِّدْيِ
وَارِي الْأَدِيبِ يَهَابُهُ أَعْدَاؤُهُ وَيُعَدُّهُ السَّادَاتُ فِيهِمْ سَيِّدًا
يَنْسِي أَوْ آخِرْنَا الْأَوَائِلَ كُلَّهُمْ إِلَّا أَخَا الْعِلْمِ الَّذِي جَاوَزَ الْمَدَى

أن أكثر ما دفعني لكتابة مقدمة هذا الكتاب ، إشماله للمادة العلمية الضافية لأن البحث في أحكام الإندماج موضوع شائك في ظل قصور التشريع السوداني وندرة الكتابة فيه ، نتمني من الله الكريم وهو رب العرش العظيم ان يوفق كاتبه و يجعله له صدقة جارية ، ويزيده علماً ويسخره لخدمة البلاد والعباد .

د. محمد التجاني محمد الشريف القوي
أستاذ مشارك ، جامعة الزعيم الأزهري ، كلية الشريعة والقانون

شكلت فصول ومباحث هذا الكتاب رسالة الدكتوراه، التي نال بها الكاتب درجة دكتوراه الفلسفة في القانون، في جامعة الزعيم الأزهري في عام 2019م. التي دار محورها في موضوع : أثر اندماج الشركات على حقوق الدائنين في القانون السوداني.

ينشأ التركيز الاقتصادي في مجال الشركات بوسائل عدة، منها الاندماج ، والشركة القابضة ، والترست وغيرها، إلا أن الاندماج يكاد يكون أهم تلك الوسائل وأكثرها شيوعاً، لما يترتب عليه من مزايا، حيث تسعى الشركات ذات النشاط المتشابه أو المتكامل، إلى هذه الوسيلة، إما بهدف تحقيق معدلات إنتاجية أعلى ، وتحقيق نوع من الإحتكار في مباشرة النشاط الذي تزاوله، وإما بقصد وضع حد للمنافسة بينها، أو بقصد تقليل النفقات لتخفيض تكاليف النشاط الذي تقوم به وتوحيد سياسة الإنتاج وزيادة الائتمان ودعم القوة الاقتصادية للشركات الداخلة في الاندماج . يعد موضوع اندماج الشركات من المواضيع المهمة في مجتمع الشركات التجارية ؛ فتطور النشاط الاقتصادي واحتدام المنافسة التجارية الذي شهدته مناطق العالم المختلفة في السنين الأخيرة، وظهور الشركات الكبيرة العابرة للقارات، والتنافس فيما بينها، وتركز رؤوس الأموال، كل ذلك أدى إلى ترسيخ فكرة الاندماج كحاجة قد تلجأ إليها كثير من الشركات ذات النشاط المتشابه أو المتكامل، وذلك لأسباب مختلفة سواء أكانت في خفض النفقات والتكاليف، أم للحد من المنافسة، أم لزيادة الإنتاج والجودة. وقد كانت هذه الحاجة للاندماج والرغبة الكبيرة للشركات في ممارسته دافعاً للاهتمام بإيجاد التنظيم القانوني لعمليات الاندماج.

ومن المفيد هنا أن نشير إلى أن التركيز في هذا السفر سيكون -بطبيعة الحال- على أثر الإندماج على حقوق الدائنين مقارنة بالفقه الإسلامي والقوانين .

الفصل الأول

مفهوم الشركة وأنواعها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
المبحث الأول:

مفهوم الشركة وأنواعها وتكوينها وإدارتها
المبحث الثاني:

أنواع الشركات وأقسامها في الفقه الإسلامي
المبحث الثالث:

أنواع الشركات في القانون الوضعي وإدارتها

المبحث الأول مفهوم الشركة وأنواعها وتكوينها وإدارتها

نعرض من خلال هذا المبحث مفهوم الشركة لغةً، وإصطلاحاً، قانوناً، وفقهاً. مع بيان أنواعها وكيفية إدارتها.

تعريف الشركة لغة وإصطلاحاً وقانوناً:

أولاً تعريف الشركة لغةً:

الشركة (بكسر الشين وسكون الراء) مثل حِكْمَة وفِدْيَة ، وفتح الشين وكسر الراء مثل سِرْقَة وكلمة - اسم المصدر من شَرِك يَشْرِك ، كَعَلِم يَعْلم ، ومعناها في اللغة الإختلاط ، يقال شركته في البيع والميراث أشركه شركة ، أي خالطه ، كذلك اشتركنا ، وشاركنا وتشاركنا ، قال تعالى على لسان سيدنا موسى عليه السلام «وَأَشْرِكُهُ فِي أَمْرِي»⁽¹⁾ أي أجعله شريكي فيه ، والشرك هو الاشتراك، ومن معاني الشرك أيضاً النصيب .

ثانياً تعريف الشركة اصطلاحاً:

عرفها الفقه الحنفي بأنها: «عقد بين المتشاركين في رأس المال والربح»⁽²⁾. ويقول المالكية إنها: إذن في التصرف لهما مع أنفسهما، أي أن يأذن كل واحد من الشريكين لصاحبه في أن يتصرف في مال لهما مع إبقاء حق التصرف لهما».

فالشركة هي إشتراك شخصين أو أكثر في المال أو العمل أو فيهما معاً بقصد انجاز عمل معين وإقتسام الناتج حسب حصة كل شريك في رأس المال أو في العمل، وهي عقد جائز شرعاً مع المسلم وغيره، وهي ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع.

ثالثاً: تعريف الشركة قانوناً:

الشركة في الفقه القانوني عادة ما تطلق على العقد أي أنها عقد بين شخصين أو أكثر يلتزم بموجبه بأن يسهم كل منهم في مشروع اقتصادي بتقديم حصة من مال أو من عمل لاقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة.

عرف المشرع الإماراتي الشركة في المادة الرابعة من قانون الشركات التجارية لسنة 1984 بأنها: « الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يسهم كل منهم في مشروع إقتصادي يستهدف الربح وذلك بتقديم حصة من مال أو عمل واقتسام ما ينشأ عن المشروع من ربح أو خسارة. يشمل المشروع الاقتصادي في حكم الفقرة السابقة كل نشاط تجاري، أو مالي، أو صناعي، أو

(1) سورة طه، الآية: (32).

(2) جمال الدين محمد ابن منظور، لسان العرب ط 1، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ص 30.

زراعي، أو عقاري، أو غير ذلك من أوجه النشاط الاقتصادي».

أما المشرع السوداني فلم يُعرف الشركة في قانون الشركات لسنة 1925 تعريفاً فقهياً لبيان مفهوماً وخصائصها، ولكن اكتفى في المادة (2) منه بتعريف شكلي يتعلق بالتسجيل ولا يوضح مفهوم الشركة وخصائصها⁽¹⁾. فأوضح المقصود بالشركة بقوله: «يقصد بها شركة كونت بموجب أحكام هذا القانون وحددت مسؤوليتها أعضائها بمقدار ما لم يدفع من قيمة الأسهم—إن وجدت- التي يحملها كل منهم». وعرف المشرع السوداني الشركة في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م في المادة/246 بأنها: «عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو عمل، لاقتسام ما ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة.

التعريفات التي وضعت الشركة تكشف عن العناصر والخصائص التي تتميز بها الشركة، فهي في البدء عقد بالتراضي، يخضع لسلطان الإرادة ويتضمن اشتراك أكثر من شخص لتكوين الشركة، ولا بد لكل شريك من تقديم حصة من مال أو عمل، على أن يتم الاتفاق على طريقة لاقتسام الأرباح أو الخسائر.

تعريف الشركة عند الفقهاء والتطور التاريخي للشركة:

أولاً: تعريف الشركة في الفقه :

عرّف الفقهاء الشركة بالمعنى العام تعريفات مختلفة بعضها تشمل جميع أنواع الشركات وبعضها لا تتناول جميعها، وإليك هذه التعريفات بعباراتهم:

عرف بعض الحنفية الشركة بأنها: «الخلطة وثبوت الحصة» ، وهذا التعريف قريب من المعنى اللغوي قال ابن عابدين : ظاهر كلامهم - أي الفقهاء - اتحاد اللغوي والشريعي، فإنها في الشرع تطلق على الخلط ، وكذا على العقد مجازاً

أ. ولا شك أن هذا التعريف يشمل شركة الملك، أي إختصاص شخصين فأكثر بشيء واحد، وشركة العقد، أي الاشتراك بالإيجاب والقبول بين اثنين فأكثر ، في الأصل والربح، أما شركة الإباحة، أي اشتراك جميع الناس في الانتفاع من الأموال المباحة، كالماء والنار والكلاء، فلم يذكرها في أقسام الشركة.

ب. وعرف المالكية الشركة بأنها إذن من اثنين فأكثر في التصرف لهما مع بقاء تصرف فسهما⁽²⁾، وهذا التعريف خاص بشركة العقد، ولا يشمل شركة الإباحة ولا شركة الملك، لعدم ضرورة الإذن في لا تصرف فيهما، كما سيأتي:

ج. وعرف الشافعية الشركة بأنها ثبوت الحق في شيء لاثنتين فأكثر على جهة الشيوغ⁽³⁾ وهذا

(1) أبو ذر الغفاري بشير عبد الحبيب، أسس قانون الشركات، ط2، 2006م، شركات مطابع السودان للعملة المحدودة، ص15.

(2) صالح عبدالسميع الآبي الأزهري ، جواهر الإكليل في شرح مختصر العلامة الشيخ خليل ، المكتبة الثقافية ، بيروت ، لبنان ،

2019م ، ص115.

(3) شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني ، مغنى المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج، ط 1 ، دار الكتب

التعريف أعم من التعريفين الأولين ظاهراً، فيشمل شركة الملك وشركة العقد، وكذلك شركة الإباحة، إلا إذا أريد من ثبوت الحق التمليك، فتخرج شركة الإباحة، لأنها لا تنتفع جميع الناس قبل الحيابة لا ملكية لأحد فيها.

د. أما الحنابلة فقد عرفوا الشركة بأنها الاجتماع في استحقاق أو تصرف⁽¹⁾ فالإجماع في استحقاق يشمل شركة الإباحة وشركة الملك، والاجتماع في التصرف يتضمن شركة العقد بجميع أنواعها أي القراض لا يكون إلا للعامل أي المضارب، ولا يشترك فيه رب المال.

يظهر من هذه التعريفات أن أكثر الفقهاء لم يعرفوا الشركة بالمعنى العام الشامل لجميع أنواع الشركات، من شركة الإباحة التي ذكرها الفقهاء المعاصرون، لا تعدّ شركة بالمصطلح الفقهي عند الفقهاء، ولهذا لم يذكروا أحكام الإباحة في كتاب الشركة، بل تعرضوا لمسائل شركة الملك وشركة العقد فقط، وهذا صنيع غالبية الفقهاء، مع العلم بأن بعضهم اعتبروا الإباحة من أقسام الشركة⁽²⁾. كما يظهر من تعريفات الفقهاء هذه إن معظمها لا يتناول المضاربة، وإن كانت المضاربة في الأصل نوعاً من الشركة بين رب المال والعامل، لكنهما لا يشتركان في محل واحد، فالمال لرب المال والعمل للعامل، إلا إذا وجد الربح، فيشترك الطرفان فيه، وهذا هو السبب في أن أكثر الفقهاء وضعوا للمضاربة باباً مستقلاً عن باب الشركة، حتى إن بعضهم لم يذكر أحكام المضاربة أو القراض متصلاً بعد باب الشركة، بل بعد أبواب أخرى، أو قبل باب الشركة، وحيث إن مصير المضاربة إلى الربح، وهو مشترك بين العاقدين تعتبر المضاربة شركة في المال، ولهذا سنذكر أحكامها في الشركات، لكن في فصل مستقل.

ثانياً: تاريخ نشأة الشركة وتطورها :

نظراً لكثرة حاجات الإنسان ومتطلباته التي قد يعجز عن القيام بها بمفرده، لإجهاده البدني، وقدراته المحدودة، فكر الإنسان في إيجاد نوع من التعاون مع إخوانه فظهرت بذلك الشركات التي يستطيع الإنسان من خلالها موازولة الأعمال الكبيرة والقيام بنفقاتها مع تقاسم المغانم والمغارم فيما بين الشركاء.⁽³⁾ والشركة بهذا المعنى عرفتها الحضارات القديمة، منها البابلية قبل ألفي سنة قبل الميلاد، حيث وردت في قانون حمورابي أحكام متعلقة بالشركات في المواد ما بين 100 إلى 107 ونصّت على أن الشركة عقد يتفق بمقتضاه شخصان فأكثر على القيام بعمل أو عدة أعمال بقصد اجتناء الربح. وعرف الإغريق من بعد في القرن السادس قبل الميلاد كذلك الشركة في مجال التجارة البحرية، إلا أن التطور الحقيقي لمفهوم الشركة عرف في القرن الثاني قبل

العلمية، مصر، 676هـ/211.

(1) عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغنى لابن قدامة 109/5.

(2) مجلة الأحكام العدلية، العدد (1045).

(3) ابو ذر الغفاري بشير عبد الحبيب، مرجع سابق، ص 37.

الميلاد مع الرومان على الرغم من أن اقتصادهم كان زراعياً، حيث قسموها إلى نوعين: إما شركة الأموال، وإما شركة في نوع من أنواع التجارات. وعرف العرب في الجاهلية الشركة، على الرغم من أن اقتصادهم كان مبنياً على العادات والأعراف، فكان الناس يساهمون في الأموال التي تحملها القوافل للتجارة، فإذا بيعت أخذ كل مساهم حصته في الربح، على قدر رأس ماله، بعد خصم النفقات. وكانوا يسمون هؤلاء بالشركاء أو الخلطاء (انظر تاريخ النظم والشرائع للدكتور عبد السلام التريمانيني 372). ولما جاء الإسلام بين مشروعية الشركة وندب إليها لأنها تقوم على مبدأ التعاون، وتحقق المصالح الفردية والجماعية، وبتوسع الفتوحات الإسلامية توسع الناس في إنشاء الشركات مما دعا بالأئمة المجتهدين إلى دراستها وتفصيل أحكامها وبيان أنواعها وما يحل منها وما لا يحل، وعملت بعد ذلك الدولة العثمانية على إصدار مجلة الأحكام العدلية سنة 1305هـ التي نظم الكتاب العاشر منها الشركات.⁽¹⁾ وقد تطورت فكرة الشركة في البلاد الغربية في القرون الوسطى بشكل واضح؛ نتيجة موقف الكنيسة من رفض القرض بالفائدة وتحريمه، حيث دفع ذلك الناس إلى البحث عن بدائل يستغلون بها أموالهم، فاهتدوا إلى الشركة، فمن القرن السادس عشر الميلادي بدأ اهتمام الغرب بوضع تقنيات للشركات، فظهرت عندهم شركات الأموال التي تقوم بتجميع الأموال الضخمة بغية استغلالها في مشاريع، ارتبطت بالاكتشافات الجغرافية، وغزو أوروبا للشرق الذي أدى إلى انتشار السياسة الاستعمارية، وقد حققت هذه الشركات أرباحاً كبيرة كانت بعد أعقاب الحرب العالمية الأولى، سبباً في إيجاد شركات المساهمة، وبعد زمن أصبحت الشركات تحتل المقام الأول في النشاط الصناعي والتجاري والزراعي وظهرت شركات كبرى ذات نشاط دولي يتجاوز دود الدولة الواحدة ويتحكم في الإقتصاد العالمي.⁽²⁾

إدارة الشرك ومسؤوليتها:

أولاً: إدارة الشركة:

إدارة الشركة يتطلب تكوين هيكل إداري مختص، كل في مجاله ليدبر شؤون الشركة وحاجاتها، للحصول على المنفعة المرجوة والغرض من تكوين الشركة، ولمعرفة ذلك سأستعرض أ نموذج إدارة الشركة الأم لأفرعها، مع استعراض جوانب مسؤولية الفرع باعتباره شريك لهذه الشركة وما يترتب عليه.

الأصل أن إدارة الشركة الوليدة تعدُّ منفصلة عن إدارة الشركة الأم، إلا أنه، وفي ظل السيطرة المركزية، فإن الشركة تمارس سيطرة كاملة على الشركات الوليدة، حيث تتخذ القرارات الاستراتيجية داخل الشركة الأم بقصد تحقيق أقصى الأرباح.

وتبرز السيطرة الإدارية في نواحي عديدة، منها: تحديد السياسة الاستثمارية للشركات الوليدة،

(1) أبو ذر الغفاري بشير عبد الحبيب، مرجع سابق، ص 46.

(2) د. أبو ذر الغفاري، المرجع السابق، ص 48.

وحصرها في إطار الخطة العامة لمشروع الشركة المتعددة الجنسيات، بحيث لا تستطيع أية شركة وليدة القيام بأي استثمارات جديدة خارج الخطة العامة إلا بعد أخذ موافقة الشركة الأم. كما تقوم الشركة الأم بوضع الخطة الإنتاجية لكل شركة من الشركات الوليدة، ويتم تعيين كبار الموظفين والفنيين في الشركات الوليدة من قبل الشركة الأم.

وفيما يتعلق بسياسة الأبحاث العلمية والتكنولوجية، وفي معظم الأحيان، تُجرى الأبحاث التابعة للشركات الوليدة في مختبرات الشركة الأم وبإشرافها للسيطرة على هذه الأبحاث والاحتفاظ بأسرارها⁽¹⁾.

ثانياً: السيطرة المالية:

تقوم الشركة الأم بتحديد السياسة المالية للشركات الوليدة، وهي التي تحدد كيفية تمويل هذه الشركات، فقد يكون التمويل من داخل مجموعة هذه الشركات، أو من خارجها. وتتدخل الشركة الأم في طريقة توزيع أرباح الشركات الوليدة، فهي التي تحدد نسب الأرباح التي توزع على الشركاء كل عام، والنسب التي يجب الاحتفاظ بها لدى الشركة كاحتياطي. كما تقوم الشركة الأم بتحديد أسعار السلع التي تنتجها الشركات الوليدة، وتفرض على هذه الشركات كمية السيولة التي تستطيع الاحتفاظ بها. ويظهر مما تقدم أن في الشركات متعددة الجنسيات تذوب الشخصية المعنوية للشركة الوليدة، وتنصهر داخل الشخصية المعنوية للشركة الأم، ومعنى آخر: لم تعد للشركة الوليدة إرادة مستقلة عن إرادة الشركة الأم، وأن مصلحة الشركة الوليدة تختلط بمصلحة الشركة الأم، مما يؤدي إلى فقدان الشركة الوليدة استقلالها المالي والإداري، وهذا ما يبرر مسؤولية الشركة الأم عن ديون الشركات الوليدة⁽²⁾.

هذا الإتجاه هو ما سارت عليه محكمة العدالة التابعة للسوق الأوروبية المشتركة، مستندة في ذلك على نص المادتين 85، 86 من معاهدة روما المنشئة للسوق الأوروبية المشتركة، وللتين تقيمان مسؤولية الشركة الأم عن أعمال شركاتها الوليدة على أساس مركزية السيطرة. ففي إحدى القضايا التي تلخص وقائعها بأن شركة (كونتنيال كان) الأمريكية والتي تعد أكبر منتج في العالم لمواد التغليف، قامت هذه الشركة في سنة 1969م بشراء 85% من أسهم شركة S.W.L الألمانية العاملة في مجال مواد التغليف، ومن بعدها سيطرت على شركة (ميتال بوكس) القابضة، والتي كان لها عدة شركات تابعة لها تعمل في نفس المجال⁽³⁾.

(1) حسن محمد هند، مدى مسؤولية الشركة الأم عن ديون شركتها الوليدة في مجموعة الشركات مع إشارة خاصة إلى الشركة المتعددة القوميات، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1997م، ص394.

(2) أحمد يوسف عبده الشحات، ممارسة الشركات دولية النشاط في مجال التكنولوجيا وتطور الاقتصاديات، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى جامعة طنطا، سنة 1990م، ص38.

(3) أحمد يوسف عبده الشحات، ممارسة الشركات دولية النشاط في مجال التكنولوجيا وتطور الاقتصاديات مرجع سابق، ص39

- وقد عدت المحكمة أن حيازة شركة (كونتينيال كان) الأمريكية لمعظم الأسهم في هذه الشركات يعطيها وصف المسيطر الوحيد على السوق، وتظهر معالم هذه السيطرة فيما يلي:
- كانت شركة كونتينيال هي المصنع الوحيد للآلات المستعملة في إنتاج المواد التي تستعمل في التغليف. كانت هذه الشركة الأم مسيطرة على الترخيص في الدول التي تعمل فيها شركاتها الوليدة.
 - كانت هي الحائزة لعلامات الإنتاج والمعرفة الفنية للتصنيع.
 - كانت هذه الشركة الأم تتمتع بقوة اقتصادية وتكنولوجية، مكنتها من جعل الشركات الوليدة التي تمارس نشاطها في الدول العاملة فيها تدور في فلكها؛ لذلك حكمت محكمة العدالة التابعة للسوق الأوروبية المشتركة في 1971/12/9م بمسؤولية شركة (كونتينيال كان) على اعتبار أن سيطرتها على الشركات الوليدة العاملة في الدول الأوروبية، في مجال تصنيع مواد التغليف، بهذه الطريقة يشكل استثماراً تعسفاً في استعمال الوضع المسيطر⁽¹⁾. وقد تواترت أحكام هذه المحكمة بعد ذلك في هذا الاتجاه.

ثالثاً: أساس مسؤولية الشركة الأم عن ديون الشركة الوليدة:

تشترط المادة (85) من معاهدة روما المنشئة للسوق الأوروبية المشتركة لقيام مسؤولية الشركة الأم عن الشركات الوليدة التابعة لها أن يكون هناك شركات منتشرة داخل السوق الأوروبية، وهناك شركة أم تسيطر على نسبة معينة من رأس مال شركة أو أكثر من هذه الشركات، بحيث تحقق لها السيطرة الاقتصادية والإدارية على الشركة أو الشركات الوليدة، فتظهر وكأنها مشروع واحد. لذا ترى محكمة العدالة التابعة للسوق الأوروبية المشتركة، بأن نقل عمال من شركة لأخرى في ذات المجموعة المكونة للشركة المتعددة الجنسيات لا يؤدي إلى إنهاء عقودهم في الشركة التي نقلوا منها⁽²⁾.

إن مركزية سيطرة الشركة الأم على الشركات الوليدة ترتب عليها مسؤولية الشركة الأم عن ديون الشركات الوليدة، وإن هذه المسؤولية قد تكون مسؤولية جنائية ومسؤولية مدنية، وإننا لسنا معنيين في هذا الفرع بدراسة المسؤولية الجزائية؛ لأنها خارج نطاق هذا البحث، لذا اقتصرنا على المسؤولية المدنية بنوعها: العقديّة، والتقصيرية. إن المسؤولية المدنية للشركة الأم عن ديون شركاتها الوليدة سواءً أكانت عقديّة أم تقصيرية، تُبنى على أساس أن الشركة الأم تعدُّ مديراً للشركة الوليدة، عليه تتحمل كل الالتزامات الناتجة عن التصرفات التي يقوم بها هذا المدير في

(1) حسن محمد هند، مدى مسؤولية الشركة الأم عن ديون شركاتها الوليدة في مجموعة الشركات مع إشارة خاصة إلى الشركة المتعددة القوميات، مرجع السابق، ص449.

(2) د. هاني محمد دويدار، نظرية احتكار المعرفة التكنولوجية بواسطة السرية، دار الجماعة الحديثة للنشر، الإسكندرية، 1996، ص24، وما بعدها.

دود الصلاحيات الممنوحة له⁽¹⁾.

إن قيام مسؤولية الشركة الأم عن ديون الشركة الوليدة يتطلب:

- مشاركة الشركة الأم في إدارة الشركة الوليدة.

- ارتكاب الشركة خطأ يؤدي إلى قيام المسؤولية.

فمثلاً، إذا تعاقدت الشركة الوليدة-بتوجيه من الشركة الأم-مع شركة أخرى لإبرام صفقة معينة، فإن أي إخلال بالالتزامات التي تترتب على الشركة الوليدة يؤدي إلى قيام مسؤولية الشركة الأم تجاه الغير عن الأضرار التي قد تلحق به، وهو ما يطلق عليه الخطأ التجاري Wrongful Trading⁽²⁾ ويشمل التعويض ما لحق الغير من خسارة، وما فاته من كسب⁽³⁾. ولا تستطيع الشركة الأم التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

كما تُسأل الشركة الأم عن أية مسؤولية تقصيرية وعن الأخطاء غير العقدية التي ترتكبها، وتسبب ضرراً للغير. ولكي تتحقق المسؤولية التقصيرية للشركة يجب أن يحصل خطأ من جانب الشركة الأم يترتب عليه ضرر، وأن تقوم علاقة سببية بين الخطأ والضرر. وبالنسبة للأخطاء التي ترتكبها الشركة وتؤدي إلى قيام مسؤوليتها التقصيرية، لا يمكن حصرها وإنما يمكن أن نذكر بعض الأمثلة على ذلك، قد تقوم الشركة الأم بإقامة شركة وليدة وهذه الشركة تظاهرت بأنها تملك رأس مال كبير يمكنها من الاستثمار في مشاريع كبيرة، إلا أنها، في الواقع، كانت عاجزة عن ذلك، مما سبب إرباكاً في السوق وألحق أضراراً ببعض المستثمرين، كما تُسأل الشركة الأم عن مسؤولية تقصيرية، إذا ما سيطرت على مجموعة من الشركات الوليدة بقصد السيطرة على السوق وخلق احتكار لسعة معينة يحول دون حصول منافسة مشروعة من قبل شركات أخرى، وهذا ما يمكنها بالنتيجة من فرض الأسعار والشروط التي تتطلع إليها على المستهلكين مما يلحق ضرراً بهم⁽⁴⁾.

إذا ما تحققت المسؤولية المدنية للشركة الأم فإنه سيحكم إلزامها بالتعويض، وتكلمة ديون الشركة الوليدة التي تسيطر عليها الشركة الأم، إذا لم تكف أصول الشركة الوليدة لسداد هذه الديون. وهو ما يطلق عليه دعوى تكلمة الديون، وهي دعوى تقام على أساس المسؤولية المدنية، وتهدف إلى نقل كل ديون الشركة الوليدة أو جزء منها إلى الشركة الأم، وهي دعوى لها مميزات

(1) المادة (156/أ) من قانون الشركات الأردني رقم 22 ل سنة 1997م، المعدل.

(2) د. شريف محمد غنام، مرجع سابق، 385.

(3) نصت المادة (266) من القانون المدني الأردني على ما يلي: (يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار). بهذا الخصوص: أمجد محمد منصور، النظرية

العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006م، ص 289.

(4) لينا حسن زكي، الممارسات المقيدة للمنافسة والوسائل القانونية اللازمة لمواجهتها، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة حلوان،

القاهرة، 2004م، ص 73.

خاصة لا مجال للتطرق إليها هنا.

كما يمكن مساءلة الشركة الأم عن طريق التوسع في إفلاس الشركة الوليدة، بحيث تتعرض الشركة الأم هي الأخرى إلى إجراءات التسوية أو التصفية القضائية التي تتعرض لها الشركة الوليدة، حيث يستطيع دائنو الشركة الوليدة التنفيذ على أموال الشركة الوليدة والشركة الأم في آن واحد، لأن أموال الشركة الأم ضامنة للوفاء بديونها الخاصة بها، وبديون الشركة الوليدة على السواء⁽¹⁾.

(1) شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 417.

المبحث الثاني أنواع الشركات وأقسامها في الفقه الإسلامي

عرّف الفقه الإسلامي أنواع عديدة من الشركات، حيث يرى الفقه الحنفي⁽¹⁾ أن الشركة نوعان: شركة أملاك وشركة عقود. فشركة الأملاك صورتها أن يشترك اثنان في ملك مال، وأن ما يتولد من الزيادة يكون مشتركاً بينهما بقدر الملك، وكل واحد منهما بمنزلة الأجنبي في التصرف في نصيب صاحبه، فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف إلا بإذن صاحبه. أما شركة العقد، فهي الاشتراك في التصرف، وقد عرفها الحنفية بأنها (عبارة عن عقد بين المتشاركين في الأصل والربح)⁽²⁾. أما المالكية، فيقسمون الشركة إلى عدة أنواع: فنجد شركة الأموال، وشركة الأبدان، وشركة الوجوه. وتضم شركة الأموال شركة المضاربة وهي القراض، وشركة مفاوضة وهي أن يطلق كل منهما لصاحبه حرية التصرف في المال الذي اشتركا فيه، وما فعله أحدهما لزم صاحبه إذا كان عائداً على شركتهما⁽³⁾. ثم شركة عنان وفيهما يشترط الشريكان إلا يتصرف واحد منهما إلا بحضور صاحبه وموافقته، فلا يستبد أحدهما بالتصرف دون الآخر. وشركة وجوه، وهذه لا يجيزها الفقه المالكي⁽⁴⁾. وهي كما قال ابن رشد: والشركة بالجملة عند فقهاء الأمصار على أربعة أنواع: شركة العنان، وشركة الأبدان، وشركة المفاوضة، وشركة الوجوه⁽⁵⁾.

أنواع الشركات في الفقه الإسلامي:

يقسم الفقهاء الشركات إلى أنواع مختلفة، بعضها متفق عليه وبعضها موضع خلاف بينهم، وقد تعددت الأسباب التي تقسم الشركات على أساسها فاعتبر رأس المال وحده أحياناً، واعتبر (البدن) أي العمل أحياناً أخرى، واعتبراً معاً مرة ثانية، واعتبر الضمان (الالتزام) مرة رابعة، وأحياناً اعتبر (التصرف) وبهذا يكون الفقهاء قد أخذوا بعين الاعتبار بعض هذه الأمور أو كلها.

وقد نحا الأحناف في تقسيم الشركة إلى أنواع منحيين:

الأول: منحي يتجه إلى تقسيم الشركة إلى أربعة أنواع

– شركة المفاوضة وهي أن يشترك اثنان أو أكثر بالمساواة مالاً ودينياً وربحاً.

(1) شمس الدين أبو بكر محمد السرخسي المبسوط، دار المعرفة بيروت، 1967م، ج11، ص152.

(2) ابن عابدين، الدر المختار، دار عالم الكتب، الرياض، ج4، ص299.

(3) أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، دار المعرفة، الدار البيضاء، 1998، ص296.

(4) أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار المعرفة بيروت، ط2، ج7، ص142.

(5) أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق طه عبد

الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط1، 1989م، ج2، ص349 وما بعدها.

- شركة عنان وهي أن يشترك اثنان أو أكثر ببعض المال أو مع التساوي في المال أو فضل مال أحدهما مع المساواة في الربح أو الاختلاف فيه.⁽¹⁾
- شركة الصنائع، وهي أن يشترك صانعان اتفاقاً في الصنعة أو اختلفا على أن يتقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما.⁽²⁾
- شركة الوجوه (وتسمى شركة المفاليس) هي أن يشترك اثنان لا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا نقداً ونسيئة ويكون الربح بينهما.⁽³⁾
- الثاني: منحى يتجه إلى تقسيم الشركة إلى شركة أموال ، وشركة أعمال وشركة وجوه، وكل منها له قسمان: شركة مفاوضة، وشركة عنان، وهذا المنحى ذهب إليه أبو جعفر الطحاوي وأبو الحسن الكرخي، وجرى عليه الزيلي والكاساني.⁽⁴⁾
- وشركة الأموال هي التي تعتمد على المشاركة في راس المال، وشركة الأعمال هي التي تعتمد على الحرفة، والصنعة وضمان العمل، وشركة الوجوه تعتمد على ثقة الناس بالمتشاركين وليس لهما مال وحرفة، ولكن لهم حسن التصرف والخبرة في البيع والشراء.
- والمنحى الثاني أعدل من المنحى الأول ؛ لأنه يقرر أن شركتي المفاوضة والعنان تكونان في شركتي الصنائع الوجوه، بينما التقسيم الأول يُوهم أن شركتي المفاوضة والعنان مغايرتان للصنائع والوجوه، وأنهما لا تكونا فيهما ونجد أن الحنابلة يتفقون في تقسيم الشركات مع الأحناف ، إلا أنهم ينكرون شركة المفاوضة بمفهوم الأحناف، وقيمون التقسيم على أساس الاشتراك في البدن أو البدن والمال معاً، ويدخلون شركة المضاربة في الشركات ويرون أنها شركة على البدن من جهة وعلى المال من جهة أخرى⁽⁵⁾، بخلاف الأحناف الذين اختلفوا في: هل تعتبر المضاربة من الشركات أم لا؟ والأصح أنها نوع ن الشركة وهي الشركة في الربح⁽⁶⁾، وهي دفع المال إلى الغير ليتجر فيه والربح بينهما حسب الشروط.⁽⁷⁾
- والمالكية يقسمون الشركة إلى سبعة أنواع وهي:

شركة المفاوضة:

هي أن يفوض كل واحد من الشريكين التصرف للأخر في حضوره وغيبته ويلزمه كل ما يعمله شريكه.⁽⁸⁾

(1)-كشاف اصطلاحات الفنون للشيخ محمد بن علي التهاوني، الجزء الاول، 863، مطبعة اقدم بدار الخلافة الإسلامية.

(2)-الاختيار لتعليل المختار لمجد الدين الموصل، 25/3 تحقيق الأستاذ محي الدين عبد الحميد، طبعة صبيح.

(3)-الهداية ، شرح بداية المبتدي للمرخيني، 9/3 ، طبعة الحلبي، 1955م.

(4)-كشاف اصطلاحات الفنون للتهاوني ، 854/1 ، رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين 520/3

(5)- المغني لابن قدامه ، 3/5 ، 11 ، 26

(6)- إمام احمد بن يحيى المرتضى ، بحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار ، 79/4 ، الطبعة الاولى 1949م.

(7)-بدائع الصنائع للكاساني ، 69/6 ، 86

(8)-القوانين الفقهية لابن جزي، ص 273

- شركة عنان: وهي أن يشتركا على ألا يتصرف أحدهما إلا بإذن صاحبه.⁽¹⁾
- شركة عمل: وهي شركة الصنائع عند الأحناف.
- شركة ذم: وهي شركة الوجوه عند الأحناف
- شركة وجوه: وهي أن يتفجع رجل ذو وجهة مع رجل خمل لا وجهة عنده على أن يبيع الوجيه تجارة الخمل، لان وجهته تحمل الناس على الثقة به والشراء منه، وله نظير ذلك جزء من الربح، وهي ممنوعة عند المالكية.
- شركة الجبر: وهي أن يشتري شخص سلعة بحضرة تاجر اعتاد التجارة في هذه السلعة، ولم يخطر أحداً بأنه يريد أن يشتريها لنفسه خاصة، ولم يتكلم في ذلك، فان له الحق في أن يشترك فيها مع من اشتراها ويجبر من اشتراها على الشركة مع ذلك التاجر.⁽²⁾
- شركة المضاربة: وذهب الشافعية والظاهرية والجعفرية من الشيعة إلى أنه لا يصح من أنواع الشركة إلا شركة العنان والمضاربة، ولا يرون وجهاً لشركة المفاوضة والوجوه والصنائع، خلافاً للشيعة الزيدية فانهم يقولون بجواز شركة المضاربة.⁽³⁾
- ونرى من خلال ما تقدم أن الشركة في الفقه الإسلامي تنقسم إلى أربعة أقسام: شركة أموال - شركة أبدان - شركة وجوه. وكل من هذه الثلاثة تكون شركة مضاربة وشركة عنان.
- شركة المضاربة وهي شركة أبدان وأموال.
- أما شركة العنان وشركة المضاربة فالإجماع قائم على جوازهما، وأما ما عداهما فالأصح أن نقول بجوازها وسنعرض لأدلة المجوزين والممانعين عندما نتناول كل شركة على انفراد. ونحن حينما نؤمن النظر في أنواع الشركات في الفقه الإسلامي نلاحظ أمرين: الاعتبار الأول فيها للأشخاص فهي شركات أشخاص أي تقوم على العنصر الشخصي الذي يقوم بتنمية المال، ويستثنى من ذلك شركة المضاربة فإنها بالنسبة لرب المال شركة مال، وبالنسبة للمضارب (العامل فيها) شركة أشخاص لأن رب المال لا يحق له التصرف وإنما التصرف للمضارب.⁽⁴⁾
- أن الغرض من شركات العقود هو التجارة والربح ولذلك يطلق بعض الفقهاء على شركة العقد شركة التجرة، فهي شركات تجارية وان كانت في مضمونها لا تمنع من اندراج أي شركة أخرى تحتها كشركة صيد الأسماك ما دام الغرض هو الربح. ولدى النظر في أنواع الشركات في الفقه الإسلامي، نجد أنها شركات يبرز فيها العنصر الشخصي ولذلك أدخلناها في شركات الأشخاص، على الرغم

(1)-المصدر نفسه ، ص274

(2)- عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الثانية، 1424 هـ - 2003 م 74/3، ص 6.

(3)- ابي الحسين زيد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب، لاي القاسم عبد العزيز بن إسحاق بن جعفر البغدادي، مجموع الفقه عن الامام الشهيد ، 17/1، طبعة ميلانو.

(4) عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ص8

من أن فقهاء الحنفية يطلقون اسم شركة الأموال على بعض أنواعها بالنظر لاشتراك الشركاء في المال والجهود. وسنتحدث في هذا المبحث عن أنواع هذه الشركات في الفقه والقانون تاركين المقابلة فيما بينها وبيان الحكم الشرعي في شركات الأشخاص.

شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي:

تكاد تنحصر الأنواع المشهورة عند الفقهاء في أربعة أنواع هي:

- شركة الأموال وهي أما مفاوضة وأما عنان.
- شركة الأعمال وهي أما مفاوضة وأما عنان.
- شركة الوجوه وهي أما مفاوضة أو عنان.
- شركة المضاربة أو القراض.

وهي مفصلة كالآتي:

شركة الأموال:

شركة الأموال هي تعبير فقهي - لا قانوني - عن الشركات التي يتراضى فيها اثنان أو أكثر على أن يشترك كل منهم بمبلغ معين في رأس المال للتجارة على أن يكون الربح أو الخسارة بينهما. وهي أما شركة مفاوضة أو شركة عنان.⁽¹⁾

شركة المفاوضة:

وهي عند الحنفية كل شركة يتساوى فيها الشركاء في التصرف والدين والمال الذي تصح فيه الشركة.⁽²⁾، فلا بد فيها من التساوي في الإدارة إبتداء وإنتهاء، لأنه لو ملك أحدهما تصرفاً لا يملكه الآخر لفات التساوي، وكذلك التساوي في رأس المال من النقدين، لأنهما هما اللذان تصح فيهما الشركة، وقد اختلفوا في الدين، فذهب أبو يوسف من الأحناف إلى عدم ضرورة التساوي فيه، وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى ضرورة التساوي فيه

حُجة المانعين:

فإنهم يرون أن المساواة تنعدم بين المسلم والذمي لأن الذمي يملك من التصرف ما لا يملكه المسلم لأنه يباح له أن يبيع أو يشتري الخمر والخنزير ولا يباح ذلك للمسلم.

وحُجة المجوزين:

أنهما يتساويان في الوكالة والكفالة، فما يملكه الذمي من بيع الخمر والخنزير، يملكه المسلم بالتوكيل؛ فتحققت المساواة فجازت المفاوضة بينهما، وقد نوقش أبو يوسف في أن الذمي

(1)-بدائع الصنائع للكاساني، 56/6

(2)- مجد الدين الموصل، الاختيار لتعليل المختار، مطبعة الحلبي - القاهرة (وصورتها دار الكتب العلمية - بيروت، وغيرها)

تاريخ النشر: 1356 هـ - 1937 م، طبعة صبيح 1961، ص 18/3

يملك بيع المحرم بنفسه وبنائبه، والمسلم لا يملك ذلك بهما فلا تتحقق المساواة، ولكنه يرد على ذلك بأن الأصل الاستواء في أهلية الوكالة والكفالة وقد تحققت في المسلم والذمي فتساويا والكفر عند أبي يوسف غير مانع من شركة المفاوضة وإنما المانع هو نقصان الملك والتصرف.⁽¹⁾

والأوجّه رأي أبي سفيان؛ لأن كل واحد منهما مالك للتصرف بنفسه، فإن كل واحد منهما من أهل المفاوضة، ولا عبرة بالتفاوت في التصرف، والتساوي إنما يكون في الأهلية، فإن الشركة تتعقد بين مسلمين حنفي المذهب وشافعي، أولهما يرى جواز التصرف المثلث من النبيذ والشافعي لا يرى ذلك، والشافعي يرى جواز التصرف في متروك التسمية عمداً والحنفي لا يراه، وكل منهما يعتقد المالية فيما يجيز التصرف فيه.⁽²⁾

والعبرة في الإنسانية وهي أهلية التصرف بشكل عام، وقد كره أبو يوسف شركتهما شركة مفاوضة خشية أن يوكله في شراء محرم فيساعد على ارتكاب الإثم، فان لهذه الكراهية معنى آخر غير تحقق المساواة في أهلية التصرف إذ هي قائمة في شركة العنان وقد أجازوا الشركة فيها بين المسلم والذمي.

معنى المفاوضة عند الأحناف:

أن يشترك الشركاء ولتكون أموالهم الخاصة ورؤوس أموالهم في الشركة وحقهم في إدارتها بالتساوي فلا يجوز أن يشترك كل منهم بألف دينار ويمتلك أحدهم ألفاً والآخر خمسمائة بل لا بد أن يكون ما يملكه كل منهما مساوياً للآخر.

معنى المفاوضة:

أن يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف في غيبته وحضوره، وتقع عندهم في جميع أنواع الممتلكات، فلا بد من أن يطلق كل من الشركاء للأخرين حرية التصرف في البيع والشراء والكرء والإكترء والغيبة والحضور في جميع أنواع التجارة.

وعند بعض الحنابلة:

شركة المفاوضة نوعان:

نوع جائز، ونوع غير جائز، فالنوع الجائز هو أن يشتركا في جميع أنواع الشركة مثل أن يجمع الشركاء بين شركة العنان والوجوه والأعمال، لان كل نوع يصبح على الانفراد فصح مع غيره. وغير الجائز أن يدخل في الشركة ما يحصل لكل واحد من ميراث أو ما يجده من لقطه أو ركاز أو غير ذلك، وقد زعم صاحب المغنى: أن النوع الذي لا يصح قال به أبو حنيفة ومالك وغيرهما، وليس هذا بصحيح، فإن الشركة لا تصح عند أبي حنيفة إلا في النقدين، واشترط المساواة

(1)- الاختيار للموصلي، 3/18 والبدايع للكاساني 6/61

(2)- المبسوط للسرخسي مرجع سابق، 11/199

عنده في التقدين في الأموال الخاصة ورأس مال الشركة، وما مالك فقد علمت من تعريفه لشركة المفاوضة أنه يشترط المساواة في التصرف لكل منهما في جميع أنواع التجارات.⁽¹⁾ والنوع الذي يراه الحنابلة شركة مفاوضة يفتقر عن النوع الذي قال به أبو حنيفة، إذ هو اشتراك في عموم أنواع الشركة، وهذا جائز عند أبي حنيفة ومالك ولكنهما لا يسميانها شركة مفاوضة، لجواز كل شركة على حدة فجازت مجتمعة، إلا أن من الحنابلة من يرى رأي الأحناف في شركة المفاوضة، جاء في منتهي الإرادات «شركة المفاوضة تفوض كل إلى صاحبه شراء ويبيعا في الذمة ومضاربة وتوكيلاً ومسافرة بالمال وارتهاناً وضمناً ما يرى من الأعمال أو يشتركان في كل ما يثبت لهما وعليهما إن لم يدخلوا كسباً نادراً أو غرامة.⁽²⁾ وذهب الشيعة الزيدية إلى جواز شركة المفاوضة بمعنى يقارب ما قال به الأحناف وبينونها على المساواة في المال جنساً وقدرًا وقيمونها على الوكالة والكفالة فيكون لكل شريك فيها ما لصاحبه وعليه ما عليه، قال زيد رحمه الله « ما لزم المفاوضين لزم الآخر» ويشترط خلط المال فيها كما يشترطون ما يشترط الحنيفة.⁽³⁾ وقد ذهب إلى عدم جواز شركة المفاوضة الشافعية، والظاهرية والشيعة، وبعض الحنابلة، وأنكروها إنكاراً تاماً، حتى قال الإمام الشافعي «شركة المفاوضة باطلة ولا اعرف شيئاً من الدنيا يكون باطلاً أن لم يكن شركة المفاوضة باطلة».⁽⁴⁾

شركة العنان:⁽⁵⁾

أجمع الفقهاء على جواز شركة العنان، وهي الشركة التي كانت معروفة منذ القديم، وقد ذكرها النابغة الجعدي في شعره حين قال:

وشاركنا قريشا في تقاها * وفي أحسابها شرك العنانوهي الشركة التي كانت بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين السائب بن شريك، والشركة التي أقرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بين زيد بن الأرقم والبراء بن معمر فيما رواه البخاري.⁽⁶⁾

وهي أن يشترك اثنان أو أكثر في نوع من أنواع التجارة أو في عموم التجارات، وهي بهذا عقد يلتزم المتعاقدون بمقتضاه بان يدفع كل منهم حصة معينة في رأس المال، ويكون الربح بينهما بحسب ما يتفقون عليه والوضعية على قدر المالين، وهذا متفق عليه بين الفقهاء.

إلا أن الحنابلة ينصون في تعريفهم لها على ضرورة الاشتراك بالأبدان لانهم يقسمون الشركة على أساس الإشتراك بالمال أو بالبدن، أو بهما معاً، ويرون أن شركة العنان أو المفاوضة من الشركات

(1) - عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الاربعة، مرجع سابق، ص10

(2) منتهي الارادات لابن النجار، 470/1

(3)-مجموع الفقه لابي القاسم البغدادي، 177/1 طبعة ميلانو،

(4)-كتاب الأم للشافعي رواية الربيع بن سليمان، المطبعة الأميرية، 1321، 132/7

(5)- على الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، مطبعة البردي للطباعة والنشر القاهرة، ط1، 2009، ص63

(6)-، أحمد بن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، نشر الخانجي سنة1949م. 92/4

التي يشترك فيها الشركاء بأموالهم وأبدانهم ، أي بجهدهم ، جاء في المغنى «شركة العنان: أن يشترك رجلان بماليتهما على أن يعملان فيها بأبدانهما والربح بينهما»⁽¹⁾.
واشترط المالكية أن يأذن كل شريك لصاحبه بالتصرف، فهي عندهم أن يشترك اثنان على أن لا يتصرف أحدهما إلا بإذن الآخر.

وشركة العنان لها أركانها وشروطها فأركانها هي: الإيجاب والقبول والعاقدان ورأس المال، والعمل ركن عند الحنابلة وبعض الشافعية، إلا أنه تابع للعاقدين والمال، فليس من الضرورة أن ينص عليه.

وقد اشترط الحنفية ترتب الأثر في انعقاد شركة العنان على التصرف في رأس المال⁽²⁾، فإذا عقدت الشركة على أن رأس مال كل منهما ألفا وكانت الأموال حاضرة، ولكن التصرف بالشراء لم يبدأ بعد، فهلك أحد المالكين هلك صاحبه، فإذا تصرف أحد الشريكين بالمال، ترتب الأثر حينئذ، فإذا هلك أي جزء من المال، هلك على حساب الشركاء جميعاً، ويذهب المالكية إلى أن عقد الشركة يفيد بيع بعض مال كل من الشركاء إلى صاحبه، ببعض ماله، فبمجرد العقد يصبح المال في ضمان الشركاء، فإذا هلك منه جزء هلك على الشركاء جميعاً، ورأي الحنابلة متفق مع رأي المالكية، في أن رأس المال يصبح مشتركاً بمجرد العقد ويدخل في ضمانهم جميعاً.

ويذهب الشافعية والزيدية والجعفرية وأهل الظاهر إلى ما ذهب إليه الحنفية، في أن الشركة تتعقد بالإيجاب والقبول ولكن الأثر لا يترتب عليها إلا عند التصرف بالشراء⁽³⁾.
وتتعقد شركة العنان على الوكالة على معنى أن كل واحد منهما يكون وكيل صاحبه في الشراء بالمال الذي عينه، ولهذا يشترط تعيين المال عند العقد عند العقد أو عند الشراء، لان الوكالة بالشراء لا تصح إلا بمال الموكل وكونها مبنية على الوكالة يمكن كل شريك من التصرف، ويكون الحاصل من التجارة مشتركاً بين الشركاء⁽⁴⁾.

وتبني شركة العنان على الأمانة، لان كل شريك أمين على المال الذي في يده، وقد قال صلى الله عليه وسلم «أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما».

(1)- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجعافيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهرير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ، كتاب المغنى، مكتبة القاهرة، ج13/5، القاهرة، 1968.

(2)- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء المتوفى سنة هـ 587 رية، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (الطبعة الأولى) 1409 هـ 1989 م الناشر المكتبة الحبيبية، 61/6.

(3)- على الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 33-35.

(4)- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأمانة السرخسي (المتوفى: 483هـ، المبسوط، دار المعرفة - بيروت، د.ت، 1993م، ص11/153 و. مجد الدين الموسلي، الاختيار لتعليل المختار، مطبعة الحلبي - القاهرة (وصورتها دار الكتب العلمية - بيروت،

وغيرها) 1937، ص، 3/19

وأما شروطها، فإنه يُشترط لها ما يُشترط للشركة عموماً، من حضور رأس المال وكونه معروفاً، وأن يكون نقداً بالإتفاق، ويُجوز المالكية أن يكون عروضاً كما مر معنا، وأنه لا يصح أن يكون ديناً ولا مالاً غائباً.

ولا تشترط الكفالة في شركة العنان كما أُشترطت في شركة المفاوضة فتصح ممن لا تصح كفالته كالصبي المأذون، ولا يشترط فيها المساواة في رأس المال أو الأموال الخاصة، فتجوز مع تفاوت حصة كل شريك من رأس المال، كما لا يشترط التساوي في الربح بل تصح مع تفاوته، وتصح في عموم التجارات، وفي بعضها دون البعض الآخر لأنها تقوم على الوكالة والوكالة تقبل العموم والتخصيص والتقييد.⁽¹⁾

ولا يشترط لها عند الأحناف والحنابلة والمالكية خلط الأموال، إلا أن الإمام مالكاً اشترط أن يكون رأس المال في أيديهم، في صندوق أو في حانوت، أو في يد وكيل للشراء، واشترط الشافعية والجعفرية خلط الأموال، وقد بينا الخلاف من قبل .

وأقول إن مرجع هذا للعرف في كل بلد، حيث المهم أن يخرج المال من يد الشريك، ليصبح في إمكان من يتصرف في أمور الشركة، وأن يتصرف في المال الذي يقدمه كل شريك حصة في رأس المال. ولا يشترط فيها التساوي في القدرة على التصرف بل تجوز مع التفاوت في هذه القدرة.

شركة الأعمال: ⁽²⁾ شركة الأعمال هي الشركة التي تعتمد على الجهد البدني أو الفكري، وهي أن يشترك اثنان أو أكثر في عمل معين أو في تقبل الأعمال ويكون ما يسكبانه مشتركاً بينهما بحسب الاتفاق، فإذا اشترك كاتبان في عمل فكري ككتابة كتاب ونشره، أو اشترك طبيبان في فتح عيادة، أو اشترك خياطان في تقبل الخياطة، واتفقا على أن ما يكسبانه لهما مناصفة أو غير ذلك. وقد اتفق الجمهور على جواز هذه الشركة، واختلفوا في بعض أحكامها وأنواعها، وخالف في ذلك الشافعي رحمه الله وأهل الظاهر، والشيعة الجعفرية، فذهبوا إلى أنها شركة باطلة، وقد استدل كل من المجوزين والمنعنين بأدلة يؤيدون بها آرائهم.

أدلة المنعنين: استدل الشافعية على منع شركة الأعمال بأن الشركة تنبئ عن الاختلاط وهو شرط لجوازها ولا يقع الاختلاط إلا في الأموال، ولا يتحقق الاختلاط بالأموال في شركة الأعمال، لان الشركة إنما شرعت أصلاً لإستئناء المال بالتجارة، ولا بد من أصل يستمنى، ولا يوجد في شركة الأعمال لأنها تعتمد على الأبدان، فلا يحصل ما وضعت له الشركة فلا يجوز، ثم أن فيها كثير غرر، لان الأعمال لا تنضبط، وعمل كل واحد من الشركاء مجهول عند صاحبه وهو مميز بيدنه ومنافعه فيختص بفوائده ولا يجوز أن يشاركه فيها غيره.⁽³⁾

(1)- على الخفيف، الشركات في الفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص 49

(2)- لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوي الهندية، دار الفكر للطباعة والنشر، ط 2، ص 308/2

(3)- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ص 57/6

استدل الظاهرية على عدم جواز شركة الأبدان لافي دلالة ولا في تعليم ولا في خدمة ولا في أي شيء من الأشياء، وعلى أنها إن وقعت فهي باطلة، ولكل واحد من الشركاء ما كسب، فإن اقتسموه وجب أن يُقضي لكل بأخذه ولا بد، لأن ذلك شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل لقوله تعالى: « ولا تكسب كل نفس إلا عليها » وقوله: لا يكلف الله نفساً إلا وسعها» وهذا كله عموم في الدنيا والآخرة، لأنه لم يأت بتخصيص شيء من ذلك في القرآن ولا في السنة، فمن ادعى تخصيصاً فقد قال على الله تعالى ما لا يعلم، لأنه لو أراد تخصيص شيء من ذلك لما أهمله، ولكان بينه رسول الله صلى الله عليه وسلم المأمور ببيان ما أنزل عليه، فلما لم يخبرنا الله تعالى، ولم يبين لنا رسوله ذلك فنحن على يقين بأنه تعالى أراد عموم كل ما اقتضاه كلامه، ويستدلون كذلك بقوله عليه الصلاة والسلام « إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام » فلا يحل أن يقضي بمال مسلم أو ذمي لغيره إلا بنص قرآني أو من السنة وإلا فهو جور لقوله تعالى: « ولتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم» فهذه ليست تجارة أصلاً فهي أكل مال بالباطل».

واستدل الشيعة الجعفرية على المنع بما استدل به الشافعية ويزيدون بان العقود الشرعية تحتاج إلى أدلة شرعية وليس في الشرع ما يدل على صحة شركة الأبدان.⁽¹⁾ أدلة المجيزين: يستدل الأحناف والمالكية والحنابلة على جواز هذه الشركة بأدلة نقلية وعقلية، فالحنابلة والمالكية استدلوا بحديث عبد الله بن مسعود قال: « اشتركتنا أنا وسعد وعمار يوم بدر فلم أجي أنا وعمار بشيء وجاء سعد بأسيرين » قال أحمد رحمه الله «اشترك بينهم النبي صلى الله عليه وسلم «فهذا الحديث يدل على إقرار النبي صلى الله عليه وسلم لاشتراك الغامين في الأسرى وهم إنما استحقوا ذلك بالعمل.

إستدل الأحناف بأجماع الناس على التعامل بشركة الأعمال في سائر الأمصار من غير إنكار من أحد عليهم، والنبي صلى الله عليه وسلم يقول: « لا تجتمع امتي على ضلالة»، ثم أن شركة الأبدان تستعمل على الوكالة والوكالة جائزة، والمشتمل على الجائز جائز، والمضاربة تنعقد على العمل فجاز أن تنعقد عليه شركة الأبدان قياساً عليها.⁽²⁾

أنواع شركة الأعمال:

ذهب الحنابلة إلى أن شركة الأعمال نوعان:

أن يشترك شخصان فيما يملكانه بأبدانهما من مباح كالاحتشاش والاصطياد والتلصص على دار الحرب، وسلب ما يقتلانه من أعداء، والاحتطاب، ونحوه مما يكون في الجبال من أشجار، وما في الأرض من معادن.

(1)-الخلاف لابي جعفر الطوسي، 140/2

(2)-بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 279/2

أن يشترك شخصان فيما يتقبلان في ذمتهما من عمل كالحدادة والقصارة والخياطة وكلا القسمين جائز عندهم، ومثلهم في ذلك المالكية، إلا أنهم يشترطون اتفاق الصنعة والمكان.⁽¹⁾ وذهب الأحناف إلى أن الاشتراك في اخذ المباحات لا يجوز، واعتبروا الشركة فيها فاسدة، لأن الشركة عندهم تنبني على الوكالة، والوكالة لا تنعقد على هذا الوجه، إذ لا يجوز أن يوكل شخص آخر ليعمل له شيئاً من الصيد أو الاحتطاب أو الحصاد في البراري، أو سقي الماء وبيعها، وما أشبه ذلك، فإذا تشاركا وأخذ كل واحد منهما شيئاً من ذلك منفرداً، كان المأخوذ ملكاً، لأن سبب ثبوت الملك في المباحات الأخذ والاستيلاء، ولكل واحد منهما انفراد بالأخذ والاستيلاء، فينفرد بالملك، وأن أخذه جميعاً كان المأخوذ بينهما نصفين، لاستوائهما في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق، وأن اخذ كل واحد منهما على الانفراد ثم خلطاه وباعاه، فإن كل مما يُكّال ويُوزن يُقسم الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن، وإن كان مما لا يكال ولا يوزن قُسم الثمن بينهما بالقيمة، يضرب كل واحد منهما بقيمة الذي له، لأن الكيل والموزون من الأشياء المتماثلة في مكن قسمة الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن، أما غير المكيّل والموزون من الأشياء المتفاوتة فلا يمكن قسمة الثمن على عينها، فيقسم على قيمتها، وإن لم يعلم الكيل والوزن يصدق كل منهما فيما يدعيه إلى النصف من ذلك، مع اليمين على دعوى صاحبه، لأن الشيء في أيديهما واليد دليل الملك من حيث الظاهر، والتساوي في دليل الملك يوجب التساوي في الملك، فإن ادعى أكثر من النصف لا يقبل قوله إلا ببينة.⁽²⁾

استدل الحنابلة على جواز شركة العمل في المباحات بحديث ابن مسعود المتقدم، وكان ذلك في غزوة بدر وكانت غنائمها لمن أخذها قبل أن يشرك الله تعالى بينهم، فكان ذلك من قبيل المباحات ولأن العمل أحد جهتي المضاربة فصحت الشركة عليه كالمال.⁽³⁾

وقد قسم الأحناف شركة الأعمال إلى قسمين:
شركة مفاوضة:

وهي أن يشترك العاملان في تقبل الأعمال ويكون كل منهما كفيلاً لصاحبه في ضمان العمل وكل ما يلزم أحدهما من حقوق يلزم الآخر، ويكون كل منهما فيما وجب على صاحبه بمنزلة الكفيل، كما يكونان متساويين في الأجر فلا يصح أن يزيد أحدهما في أجرته عن الآخر، ويجب أن يراعي لفظ المفاوضة أو معناها حين العقد.
شركة عنان: ولا يشترط فيها ما يشترط في شركة المفاوضة من أهلية الكفالة والتساوي في

(1)-المدونة الكبرى للإمام مالك رواية سحنون، 40/11، طبعة الساسي، 1323هـ.

(2)-بدائع الصنائع للكاساني، 63/6.

(3)-شرح منتهي الإرادات، 229/2.

الأجر، وإنما يشترط لها أهلية الوكالة فقط.⁽¹⁾

شروط شركة الأعمال:

يشترط المالكية في شركة الأعمال مايلي:

اتحاد الصنعة كاشتراك خياطين، أو تلازم الصنعتين ، أي توقف صنعة أحدهما على الآخر، كأن يشترك نساج وغزال، أو طباع ومصفف، لأن عمل النساج يتوقف على عمل الغزال، وعمل الطباع يتوقف على مصفف الحروف، فإن اختلفت الصنعة ، كأن يشترك خياط وحداد، فلا تجوز الشركة.

اتحاد المكان كأن يكونان في دكان واحدة، فاذا اختلف المكان لم تجز الشركة، وقد ذكر ذلك في المدونة، وجاء في غير المدونة عند المالكية عدم اتحاد مكان العمل.⁽²⁾

حصول التعاون كأن يشترك اثنان في صيد اللؤلؤ هذا يمسك بالحبل والثاني يغوص في البحر. وذهب الأحناف والحنابلة والزيدية إلى عدم اشتراط أي من هذه الشروط، فتجوز عند اتحاد الصنعة على اختلافها، فلو اشترك حداد ونجار وخياط في تقبل الأعمال، جاز لاشتراكهما في كسب مباح، ولا يشترط الحنابلة معرفة الصنعة لأحد منهما، فلو اشترك شخصان لا يعرفان الخياطة في تقبلها ثم يدفعان ما يتقبلانه لمن يعمله وما بقیلهما من الأجرة صحيح.⁽³⁾

حكم شركة الأعمال:

حكمها: الاشتراك في الربح على حسب ما تم الإتفاق عليه في الأصح لأنه بدل عمل والعمل يختلف في تقويمه ، ويترتب على شركة الأعمال لزمها بالعقد، أو بالشروع في العمل، وهو الأرجح عند المالكية⁽⁴⁾، ومطالبة كل واحد من الشركاء بما تبلة الآخر من العمل فكل منهم مطالب بالعمل وله المطالبة بالأجر، ولا يشترط أن يعمل كل من الشريكين، فلو مرض أحدهما مرضاً لا يقعه عن العمل كثيراً أو سافر كان الأجر بينهما.

وتنبني شركة الأعمال على الضمان، أي يضمن كل من الشركاء ما يقبله شريكه من العمل، وضمائمهم ضمان الصناع في مصنوعهم⁽⁵⁾.

هذه شركة الأعمال، وهذا مجمل رأي الفقهاء فيها وهي شركة جائزة كما ذهبنا في ذلك

مع المجيزين.

(1)-بدائع الصنائع للكاساني، 63/6

(2)-اكشاف القناع للبهوتي، 272/2

(3)- كشاف القناع، للبهوتي، 272/2

(4). شرح الزرقاني على مختصر خليل، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني المصري - محمد بن الحسن بن

مسعود البناي، 56/6.

(5)- المصدر نفسه.

ولكننا نختار ما ذهب إليه الحنابلة من إباحة الاشتراك في المباحثات؛ لأن الأساس في شركة الأعمال هو العمل لتحصيل أصل المال، فجازت في كل عمل يقوم به الشريكان، أو الشركاء سواء أكان ذلك في محل واحد، أو في أمكنة متعددة، وسواء أكان الشركاء يعملون معاً، أو تتجول أيديهم في مكان أسواق وأحده، كما يشترط المالكية أو لم يكونوا كذلك، لأن الأصل الاشتراك في العمل. والأصل في شركة الأعمال: الوكالة، أو الضمان، وكل شركة أعمال اشتملت على هاذين، أو على أحدهما جازت، واجازتها ضرورة حتمية لحاجة الناس إليها في حياتهم وأعمالهم، وصلة الناس قائمة على التعاون، وكثيراً ما يقتضي التعاون الاشتراك في الأعمال وهو أمر نشأ مع ترقى الإنسان في حياته وتطوره في معيشته، ولهذا فإنني أرى أن كل شركة أعمال في أي أمر مشروع جائزة شرعاً، فلو اشترك مهندسان، أو طبيبان، أو حدادان، أو خياطان، أو أكثر من شريكين في تقبل الأعمال جازت الشركة ولو لم يقدم أحدهم أي جزء من المال، فرأس المال هو العمل والضمان في الذمة. شركة الوجوه: شركة الوجوه: أن يشترك اثنان، ليس لهما مال، ولكن لهما وجهة عند الناس، فيقولان اشتركتنا على أن نشترى بالنسبة ونبيع بالنقد، على أن ما رزق الله سبحانه من ربح فهو بيننا، على شرط كذا⁽¹⁾، فهي شركة تقوم على أساس وجهة الشريكين وثقة التجار فيهما. وهي جائزة عند الأحناف والحنابلة والشيعة والزيدية، وغير جائزة عند المالكية والشيعة الجعفرية والشافعية وأهل الظاهر.

أدلة المجيزين:

استدل من أجازها بأن الناس يتعاملون بها في سائر الأمصار من غير إنكار عليهم من أحد، وهو إجماع منهم، وقد قال عليه السلام (لا تجتمع أمتي على ضلالة⁽²⁾))، وهي تشتمل على الوكالة والكفالة وكل منهما جائز، والمشتمل على الجائز جائز⁽³⁾، ثم أنها عمل من الأعمال فجاز أن تنعقد عليه الشركة⁽⁴⁾.

أدلة المانعين:

استدل الشيعة والجعفرية على بطلان هذه الشركة بأنه لا دليل في الشرع عليها والعقود الشرعية تحتاج إلى أدلة شرعية⁽⁵⁾. واستدل الشافعية بأن الشركة تنبئ عن الاختلاط، ولا يقع الاختلاط إلا في الأموال، أما

(1). بدائع الصنائع للكسائي 57/6، الفتاوى الهندية 327/2.

(2). رواه الترمذي بلفظ (أن الله لا يجمع أمتي على ضلالة).

(3). بدائع 57/6، شرح منتهى الإرادات 228/2.

(4). بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد 279/2.

(5). الخلاف لابي جعفر الطوسي، 140/2.

الأعمال فلا اختلاط فيها، ثم أن الشركة شرعت لإستئماء المال بالتجارة لأنه نماء المال بالتجارة، والناس يختلفون في الاهتداء إلى التجارة، فشرعت الشركة لتحصيل غرض الاستئماء ولا بد من أصل يستتمي وهو لا يوجد في شركة الوجوه.

ويرى المالكية في شركة الوجوه غرراً لأن كل واحد منهما عارض صاحبه بكسب غير محدد بالصناعة ولا عمل مخصوص فهي فاسدة، ولأنها اشتراك بالذم والاشتراك بالذم عندهم لا يجوز، فهي من باب تحمل عنى وأتحمل عنك، واسلفني وأسلفك، فهي من باب ضمن يجعل وسلف يجز نفعاً.⁽¹⁾

أنواع شركة الوجوه: يقسم الأحناف شركة الوجوه إلى نوعين:

مفاوضة:

وهي ما كان الشريكان فيها من أهل الوكالة والكفالة، يتضامنان في التزام الحقوق والواجبات، والثمن الذين يشترتان به نسبة بالتساوي، على كل واحد هما النصف والمشتري والربح كذلك بينهما مناصفة، ولا يفضل أحدهما على الآخر بفضل الربح، وينبغي أن يذكر لفظ المفاوضة أو ما في معناها في عقد الشركة.

عنان: وهي التي لا يشترط فيها أهلية الكفالة ولا المساواة في ملك المشتري، حتى لو اشتركا بوجوههما، على أن يكون ما اشتريا، أو أحدهما بينهما نصفين، أو ثلاثاً، أو أربعاً، وكيفما اشترطا على التساوي، أو على التفاضل جاز، وثمن المشتري بينهما على قدر ملكيهما في المشتري والربح بينهما على قدر الضمان. والمالكية يسمون شركة الوجوه شركة ذمم، وشركة الوجوه عندهم هي الشركة التي يأخذ فيها الوجيه مال الخمل ليتاجر فيه لثقة الناس بالوجيه، وقد بينا انهم لا يجيزون هذين النوعين من الشركة.⁽²⁾ والشافعية على مثل رأي المالكية فيهما.⁽³⁾ ورأينا أن هذه الشركات جائزة لأنها تقوم على عمل، والعمل جائز والتغريب غير واضح فيها، والتراضي قائم بين الشريكين، وليس فيها استغلال لاحد ولا اضرار به، ولا يُحرم الشيء لاحتمال وقوع الغرر فيه إذا لم يتحقق، كما لا يُمنع البيع لاحتمال وقوع الغش فيه.

شركة المضاربة: المضاربة وتسمى القراض والمعاملة، نوع من أنواع الشركة في الشريعة الإسلامية لأنها شركة في الربح لا في راس المال. والكلام عن المضاربة يتناول معناها ومشروعيتها وأركانها وحكمها:

(1). بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد 279/2

(2)- بداية المقتصد ونهاية المقتصد، لابن رشد 279/2

(3)- فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي، 417/100

معني شركة المضاربة: «هي عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين والعمل من جانب آخر، والعمل يكون بالتجارة، والربح بينهم»⁽¹⁾. ولا تصح إلا بالنقد عند الشافعية، فهي عندهم عقد على نقد ليتصرف فيه العامل بالتجارة.⁽²⁾ وتكون الشركة بالربح لان المال من جانب واحد، ولا شترك الاثنان إلا في الربح.⁽³⁾

ويقال لصاحب راس المال: رب المال، أو المالك، ويقال للشريك الذي يقدم عمله، العامل أو المقارض، أو المضارب « بكسر الراء في الأخيرين والميم في الأول».

دليل مشروعيتها:

يستدل على مشروعية المضاربة بالدليلين النقلي والعقلي، أما النقلي فمن القران الكريم، فقد استشهد الماوردي من الشافعية بقوله تعالى: « ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم».⁽⁴⁾ وذلك لان القراض نوع من أنواع ابتغاء فضل الله فدلّت الآية على جوازه واحتج القاضي أبو الطيب للمضاربة بقوله تعالى: « وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله».⁽⁵⁾

ومن السنة الكريمة ما رواه ابن هشام في سيرته عن ابن اسحق: « أن خديجة بنت خويلد كانت امرأة تاجرة ذات شرف ومال، تستأجر الرجال في مالها وتضاربهم إياه بشيء تجعله لهم، وكانت قريش قوماً تجاراً فلما بلغها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما بلغها من صدق حديثه، وعظم أمانته، وكرم أخلاقه، بعثت اليه فعرضت عليه ان يخرج في مال لها إلى الشام تاجراً، وتعطيه افضل ما أنت تعطي غيره من التجار مع غلام لها يقال له ميسرة، فقبله رسول الله صلى الله عليه وسلم منها، وخرج في مالها ذلك وخرج مع غلامها ميسرة حتى قدم الشام وهذا كان قبل بعثته عليه السلام، وقد بعث بالنبوة فأقر هذه المعاملة الشائعة.

وروي ابن ماجة من حديث صهيب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « ثلاثة فيهن البركة: البيع إلى اجل، والمقارضة، وأخلاق البر بالشعير للبيت لا للبيع».⁽⁶⁾

وروي أبو نعيم عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال: « خير الكسب كسب العامل إذا نصح».⁽⁷⁾

وقد أورد الشوكاني في نيل الأوطار عن حكيم بن حزام صاحب رسول الله صلى الله عليه

(1)-اسنى المطالب، شرح روض الطالب، لابي يحيى زكريا الأنصاري، 280/2

(2)-حاشية الرملي، على أسس المطالب 380/2

(3)-مجمع الأنهر، شرح ملتقى الأبحر لشيخ زادة، 321/2

(4)-الآية 198، سورة البقرة.

(5)-الآية 20 من سورة المزمل.

(6)-نيل الأوطار للشوكاني، 201/5

(7).رواه أبو هريرة، نقله الألباني في صحيح الجامع وحكم عنه بأنه حسن، حاشية الرملي على اسنى المطالب 380/2

وسلم « انه كان يشترط على الرجل إذا أعطاه مالاً مقارضة، يضرب له به» أن لا تجعل مالي في كبد رطبة، ولا تحمله في بحر، ولا تنزل به بطن سيل، فان فعلت شيئاً من ذلك فقد ضمنت مالي، رواه الدار قطني والبيهقي وقوى الحافظ إسناده.⁽¹⁾

وعن ابن عباس عن أبيه رضي الله عنهما انه كان إذا دفع مالاً مضاربة اشترط على صاحبه إلا يسلك بحراً، وألا ينزل به وادياً ولا يشتري به ذات كبد رطبة، فان فعل ذلك فه ضامن، وانه رفع ما شرطه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأقره»⁽²⁾ «أخرجه البيهقي».

ومن الأخبار ما روي عن زيد بن اسلم عن أبيه قال: خرج عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب في جيش إلى العراق، فلما قفلا مرا على أبي موسى الأشعري وهو أمير البصرة، فرحب بهما وسهل ثم قال: لو اقدر لكما على امر أنفعكما به ففعلت، ثم قال بلى: ها هنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين فأسلفكما، فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق، ثم تبيعانه بالمدينة فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين، ويكون لكما الربح، فقالا: وودنا، ففعل، وكتب إلى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال، فلما قدما باعا وربحا فلما دفعا ذلك إلى عمر قال: أكل الجيش اسلفه مثلما أسلفكما؟ قالا: لا، فقال عمر بن الخطاب ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما، أديا المال وأديا ربحه، فأما عبد الله فسكت وأما عبيد الله فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين، لو نقص المال أو هلك لضمناه، فقال عمر: أدياه، فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله، فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين، لو جعلته قراضاً، فقال عمر: قد جعلته قراضاً، فاخذ عمر رأس المال ونصف ربحه، واخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف الربح، أخرجه مالك في الموطأ والشافعي والدار قطني وقال الحافظ إسناده صحيح.⁽³⁾

وقد ذكر الشافعي رحمه الله في الأم روايتين عن أبي حنيفة أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أعطي مال يتيم مضاربة فكان يعمل في العراق، وأن عثمان رضي الله عنه أعطي مالا مقارضة أي مضاربة.⁽⁴⁾ ومن المسلم به قطعاً أن المضاربة كانت قبل الإسلام فأقرها الإسلام ولولا ذلك لما جازت. وتدل هذه الأخبار على أن الصحابة كانوا يتعاملون بها من غير نكير فكان ذلك منهم إجماعاً على الجواز.

وأما الدليل العقلي:

فهو أن المصلحة تقتضي جواز هذه المعاملة لحاجة الناس اليها، فان منهم من يملك المال ولا يعرف كيف يتصرف فيه، أو يتاجر به، ولا يحسن إستغلاله والعمل به، ومن الناس من له

(1). نيل الأوطار للشوكاني، 300/5

(2). المصدر السابق 300/5

(3). نيل الأوطار للشوكاني، 206/5، المطبعة المصرية

(4). كتاب الأم، للشافعي، 97/7

الخبرة في التجارة أو في استغلال المال ولا مال لديه، فكانت الحاجة ماسة إلى أن يأخذ هذا المال ذلك، فيتصرف فيه لمصلحة الطرفين ولمصلحة الناس جميعاً، إذ أن في ذلك تنشيط للتجارة والاقتصاد، وفائدة تعود على المواطنين بالخير.

المبحث الثالث أنواع الشركات في القانون الوضعي وإدارتها

نعرض في هذا المبحث أقسام الشركات من حيث الشكل ومن حيث نطاق المسؤولية ومن حيث الأرباح ، ومن حيث الجنسية.

أقسام الشركات من حيث المعيار

في الفقه القانوني الأمر لا يختلف كثيراً، حيث يقسم الشركة إلى أنواع متعددة وفقاً للمعيار الذي يتخذ لهذا التقسيم. فبالنظر إلى الشكل تنقسم الشركات إلى شركة عامة، وشركة خاصة. وبالنظر إلى المسؤولية فهي إما شركة محدودة المسؤولية بالأسهم، أو شركة محدودة المسؤولية بالضمان، أو شركة غير محدودة المسؤولية. ومن حيث الأرباح نجدها إما شركة ربحية، أو شركة خيرية. ومن حيث الجنسية فهي إما شركة وطنية أو شركة أجنبية. ومن حيث مساهمة الدولة في أسهمها فهي إما شركة قطاع عام، أو شركة غير القطاع العام⁽¹⁾.

ويعرف الفقه القانوني كإطار عام نوعان من الشركات: الشركات المدنية والشركات التجارية، ولكل منهما مميزاته وخصائصه، لذا خص المشرع كل نوع منهما بقواعد

قانونية متميزة عن القواعد التي يخضع لها الآخر⁽²⁾.

وقد اختلف الفقه في معيار التمييز بين الشركة المدنية والشركة التجارية بين المعيار الموضوعي والمعياري الشكلي، إلا أن الرأي الراجح أن معيار التفرقة بين النوعين معيار موضوعي وهو نشاط الشركة الذي من أجله تأسست الشركة دون اعتبار لصفة الشركاء سواء كانوا تجاراً أم غير تجار، فتعتبر الشركة مدنية إذا كان غرضها القيام بنشاط مدني وتعتبر تجارية متى كان غرضها القيام بنشاط مدني وتعتبر تجارية متى كان غرضها القيام بأعمال تجارية⁽³⁾.

وتبدو أهمية التمييز بين الشركات التجارية والمدنية أن الشركات التجارية عليها ما على التجار من قيود، كالقيد في السجل التجاري، ومسك الدفاتر التجارية وغير ذلك، بينما الشركات المدنية لا تخضع لذلك. كذلك نجد أن الشركات التجارية يجوز شهر إفلاسها إذا وقفت عن دفع ديونها ولكن الشركة المدنية لا تخضع لهذا الإجراء. كذلك نجد أن الشركات المنصوص عليها في قانون المعاملات المدنية كشركات الاستغلال الزراعي والشركات المهنية وغير ذلك⁽⁴⁾.

(1). أبو ذر الغفاري - أسس الشركات، مرجع سابق، ص23.

(2). عبد الرحمن السيد قرمان، الشركات التجارية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، ص12.

(3). محمود سمير الشراوي، الشركات التجارية في القانون، مرجع سابق، ص8.

(4). مصطفى البنداري، قانون المعاملات التجارية، مرجع سابق، ص48.

وتعتبر الشركة تجارية إذا كانت الغاية من تأسيسها ممارسة العمل التجاري أو إذا اتخذت شكل شركة مساهمة أو محدودة المسؤولية. ويعرف الفقه القانوني الشركات التجارية بأنها ذلك المشروع الجماعي الذي يهدف إلى تحقيق الربح خلال ممارسة أحد الأعمال التجارية متى اتخذ هذا المشروع أحد الأشكال المنصوص عليها في قانون الشركات التجارية⁽¹⁾.

والشركات التجارية، إما شركات أشخاص، أو شركات أموال، أو شركات ذات طبيعة مختلطة. فشركات الأشخاص يكون الإعتبار لشخص المساهم، بحيث لا يسمح للشريك فيها ببيع حصته إلا بموافقة جميع الشركاء. كما لا يجوز له الانسحاب منها قبل انتهاء أو بموافقة الأطراف الأخرى.

أما شركة الأموال وهي شركات المساهمة فنجد في الأغلب أن الشركاء لا يعرفون بعضهم البعض، وهم عدد لا حصر له، ولا يوجد عقد يدخل به الشركاء للشركة.

والفرق بين شركات الأموال وشركات الأشخاص، أن شركات الأشخاص فيها هوية الشركاء هي الأساس بحيث أن وفاة أحد الشركاء قد يؤدي إلى تصفية الشركة، في حين أن شركات الأموال أن الأساس فيها هو حجم المساهمة في رأس المال، فلا تؤدي وفاة مساهم فيها إلى تصفية الشركة. أما من حيث إدارة الشركة فيتم إختيارها بإجماع الشركاء في شركة الأشخاص، أما في شركة الأموال فتتم غالباً بالأغلبية من أصحاب رأس المال.

ومن حيث الحصر فإن حصص الشركاء في شركة الأشخاص غير قابلة للتحويل، في حين أنها في شركة الأموال قابلة للتحويل.

أما الشركة ذات الطبيعة المختلطة، فهي شركة تجمع بين خصائص شركات الأشخاص وشركات الأموال. ومن أمثالها شركة التوصية بالأسهم.

أما في التشريع السوداني ووفقاً لنص المادة 2 من قانون الشركات نجد أن كل شركة تسجل في السودان يجب أن تكون شركة محدودة المسؤولية بالأسهم، وهذه الشركة قد تكون شركة عامة أو خاصة، حيث عرفت المادة المذكورة الشركة بأنها: (يقصد بها شركة كونت وسجلت بموجب أحكام هذا القانون وحدد مسؤولية أعضائها بمقدار ما لم يدفع من قيمة الأسهم - إن وجدت- التي يحملها كل منهم).

الشركات التجارية بالنظر إلى الاعتبار الشخصي:

شركات الأشخاص :

تقوم هذه الشركات على وجود الإعتبار الشخصي والثقة المتبادلة بين مجموعة من الأشخاص. فهي شركات يكون لأشخاص الشركاء فيها اعتبار أو يعرف بعضهم بعضاً، ويشق كل واحد

(1). جمال حسين السميطي، قانون الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 11.

منهم في الآخر. وتضم شركات التضامن وشركات التوصية البسيطة وشركة المحاصة⁽¹⁾. شركة التضامن: عرف المشرع الإماراتي في شركة التضامن في المادة (23) من قانون الشركات بانها (شركة التضامن هي الشركة التي تتكون من شريكين أو أكثر يكونون مؤولين بالتضامن في جميع أموالهم عن التزامات الشركة).

شركة التضامن شركة تعقد بين شخصين أو أكثر بينهما معرفة وصلة وثقة بقصد الإيجار، ولكل منهم نصيب في رأس المال، ويكونون مسؤولين شخصية وتضامنية في جميع أموالهم الخاصة أمام الدائنين.

ومن خصائص هذه الشركة، المسؤولية التضامنية والشخصية للشركاء بحيث يتضامن الشركاء جميعاً في الوفاء بديون الشركة ولا تبرأ ذمتهم إلا إذا قام واحد منهم أو أكثر بالوفاء. كما يسأل الشريك عن ديون الشركة مسؤولية شخصية وكأنها ديونه الخاصة بحيث لا تتحدد مسؤوليته بمقدار حصته في رأس المال بل تعدها إلى أمواله الخاصة⁽²⁾. حيث نص المشرع الإماراتي في المادة (30) من قانون الشركات التجارية على: (الشركاء مسؤولين بالتضامن في جميع أموالهم عن التزامات الشركة وكل اتفاق على خلاف ذلك لا يحتج به على الغير).

شركة التوصية البسيطة: هي الشركة التي تعقد بين نوعين من الشركاء، شرك أو أكثر، ما يكونوا مسؤولين ومتضامنين في جميع أموالهم عن التزامات الشركة، وبين شريك واحد أو أكثر، ويسمون شركاء موصين، ومسؤوليتهم محدودة بمقدار حصصهم في رأس المال.

شركة المحاصة: شركة المحاصة شركة مستترة لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية، وتكون بين شخصين أو أكثر يساهم كل منهم بحصة معلومة في رأس المال، مع الاتفاق على اقتسام الربح والسارة الناشئة عن عمل تجاري واحد أو أكثر يقوم به الشركاء أو واحد منهم باسمه الخاص، وتكون المسؤولية محدودة في حق مباشر العمل فيها. وهي شركة لا تسري في حق الغير لعدم شهرها ولكن يجوز إثبات قيامها بكافة طرق الإثبات.

ونجد من خصائص شركة المحاصة أنها شركة مستترة وليس لها اسم ولا عنوان، ولا تتمتع بالشخصية الاعتبارية، ويتجنب الشركاء فيها التضامن في مواجهة الغير، بل يسأل في مواجهة الغير الذي يتعامل معه إلا إذا صدر من الشركاء ما يدل على وجود الشركة وتعامل الغير معها على هذا الاعتبار، فهنا يزول الستر عن الشركة وتصبح شركة واقف يسأل فيها الشركاء على وجه التضامن أمام الغير.

شركات الأموال: تقوم هذه الشركات على الاعتبار المالي فلا يكون لشخصية الشريك أثر فيما يطرأ على الشركة وعلى استمراريتها كوفاته أو إفلاسه، وتعرف هذه الشركات باسم شركات

(1). مصطفى البنداري، قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات المتحدة، مرجع سابق، ص56.

(2). جمال حسين السميطي، قانون الشركات التجارية، مرجع سابق، ص103.

المساهمة وهي الشركات التي يكون رأسمالها مقسماً إلى أسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول، ولا يسأل المساهمون فيها إلا بمقدار حصصهم في رأس المال⁽¹⁾.

ومن خصائص شركة المساهمة أنها شركة من شركات الأموال لا أهمية فيها للاعتبار الشخصي. وأن مسؤولية الشريك المساهم تكون بقدر نصيبه من السهم. كما أن لشركة المساهمة أسم معين يجب أن يكون مسبوفاً أو متبوعاً بشكل الشركة ومبلغ رأس مالها. كذلك من خصائص شركة المساهمة تعدد هيئات الإدارة والإشراف، فهناك مجلس إدارة الشركة، وهناك الجمعية العامة العادية، واجتماع الجمعية العامة غير العادية، كما توجد هيئة لمراقبة الحسابات والتفتيش.

وشركات المساهمة قد تكون شركة مساهمة عامة وقد تكون شركة مساهمة خاصة ويختلف النوعان في بعض الأحكام من حيث الاكتتاب في الأسهم وأيضاً في عدد المؤسسين للشركة وكذلك في مقدار راس المال.

شركات المساهمة العامة: وهي الشركة التي يكون راس مالها مقسماً إلى أسهم متساوية قابلة للتداول، ويكون كل شريك فيها مسؤولاً بمدار حصته في رأس المال.

وقد عرفها بعض الفقه القانوني بانها الشركة التي تؤسس بلا عنوان وتتكون من شركاء مسؤوليتهم محدودة بمقدار ما لم يدفع من قيمة الأسهم، ويتجزأ رأسمالها إلى أسهم متساوية القيمة⁽²⁾.

وتعتبر شركة المساهمة من أهم شركات الأموال فهي تتكون أساساً لتجميع رؤوس الأموال وذلك لما يتمتع به السهم من خصائص أهمها قلة قيمته. فبمجرد أسهم هذه الشركة للاكتتاب العام يستطيع أي فرد أن يكون شريكاً فيها بمجرد دفع قيمتها.

والمرشع السوداني فلم يضع تعريفاً للمساهم ولكنه هو الآخر قد اخذ بالمفهوم الضيق للمساهم إذ نصت المادة الرابعة من قانون الشركات لسنة 1925 على:

(يجوز لسبعة أشخاص أو أكثر (أو لشخصين أو أكثر إذا كانت الشركة المراد تكوينها شركة خاصة) يشتركون لتحقيق غرض من الأغراض المشروعة. أن يكونوا شركة ذات شخصية اعتبارية ومسئولية محدودة. بمعنى أن تكون مسؤولية أعضائها محدود. بمعنى أن تكون مسؤولية أعضائها محدودة بمقتضى عقد تأسيسها. بمقدار ما لم يدفع من السهم-إن وجدت) - التي يحملها كل منهم وذلك بتوقيع هؤلاء الأشخاص بأسمائهم على عقد تأسيس الشركة والقيام بغير ذلك مما يستلزمه هذا القانون في شأن التسجيل).

(1). علي حسن يونس الشركات التجارية، شركات المساهمة والتوصية بالأسهم في القطاعين العام والخاص، دار الفكر العربي،

مصر، 1957، ص2، أو زيد رضوان، شركة المساهمة والقطاع العام، دار النهضة العربية، مصر، 1981م، ص21.

(2). أبو زيد رضوان، شركة المساهمة والقطاع العام، دار النهضة العربية، مصر، 1981م، ص21.

وقد اشترط المشرع الإماراتي ألا يقل عدد المؤسسين لشركة المساهمة العامة عن عشرة مساهمين وقد استثنى من هذا النصاب الحكومة الاتحادية أو حكومات الإمارات المكونة للدولة، فأجاز لها تأسيس شركة مساهمة عامة بمفردها أو بالاشتراك مع آخرين ولو قل العدد عن عشرة. شركة المساهمة الخاصة: شركة لمساهمة الخاصة شركة من شركات الأموال يجوز تأسيسها من عدد لا يقل عن ثلاث أشخاص وكشركة المساهمة العامة يتكون رأس مالها من أسهم متساوية تطرح للاكتتاب ولكن يقتصر الاكتتاب ولكن يقتصر الاكتتاب في هذه الأسهم على المؤسسين فقط ولا تطرح أسهماً للجمهور للاكتتاب العام بان قرر المشرع الإماراتي مقدار رأس مالها بما لا يقل عن مليوني درهم.

الشركات ذات الطبيعة المختلطة:

الشركات ذات الطبيعة المختلطة، شركات تجمع بين خصائص شركات الأشخاص وشركات الأموال⁽¹⁾.

ومن هذه الشركات التي عالج المشرع الإماراتي أحكامها، شركة التوصية بالأسهم، والشركة ذات المسؤولية المحدودة.

-شركة التوصية بالأسهم: شركة التوصية بالأسهم مثلها مثل شركة التوصية البسيطة يتكون رأس مالها من أسهم متساوية القيمة قابلة للتداول، ويكون الشركاء فيها على فئتين: شركاء متضامنون ومسؤولون تضامنية كاملة عن ديون الشركة، وشركاء موصون مسؤوليتهم محدودة بمقدار حصصهم.

-الشركة ذات المسؤولية المحدودة: الشركة ذات المسؤولية المحدودة تعتبر شركة وسطاً بين شركات الأشخاص وشركات الأموال. وقد عرفها الفقه القانوني بانها: (الشركة التي تنحصر مسؤولية أعضائها في حدود مالم يدفعه كل مساهم من القيمة الإسمية لأسهمه — لتغطية ديون الشركة في حالة تصفيتها)⁽²⁾. والمشرع السوداني وكما سبق القول أنه قد اشترط أن تكون كل شركة مسجلة في السودان شركة ذات مسؤولية محدودة، وقد قسم المشرع هذه الشركات بقانون الشركات لسنة 1925م إلى شركة خاصة وشركة عامة. كما نجده وضع أحكاماً لأنواع أخرى من الشركات كالشركة الخيرية، والشركة الأجنبية، وشركة القطاع العام، ثم شركة الامتياز.

الشركة ذات المسؤولية المحدودة الخاصة:

الشركة ذات المسؤولية المحدودة الخاصة هي الشركة التي لا تتجاوز عدد الشركاء فيها خمسين شريكاً ولا يقل عن شريكين. وتتكون رأسمالها من أسهم وسندات تخصص للمساهمين ولا

(1). أحمد عبد الله ، مرجع سابق، ص 214.

(2). أبو ذر الغفاري بشير عبد الحبيب ، أسس قانون الشركات ، مرجع سابق ، ص 24.

يجوز لها دعوة الجمهور للاكتتاب فيها.

وقد عرف المشرع السوداني في المادة (الثانية) من قانون الشركات الخاصة بأنها: (شركة خاصة: يقصد بها:

-الشركة التي ينص نظامها على ما يأتي:

أولاً: تقييد حق نقل أسهمها.

ثانياً: تحديد عدد أعضائها بخمسين عضواً (ولا يدخل في حساب هذا العدد الأشخاص الذين تستخدمهم الشركة أو الذين كانوا سابقاً في خدمتها وكانوا أعضاء فيها في أثناء خدمتهم وبقيت عضويتهم فيها بعد إنتهاء خدمتهم المذكورة).

ثالثاً: حظر دعوى الجمهور للاكتتاب في أي من أسهم الشركة أو سنداتها.

-الشركة التي تستمر في إتباع ما سبق ذكره من تقييد وتحديد وحظر، على أنه في الأحوال التي يملك فيها شخصان أو أكثر على الشيوخ فيما بينهم سهماً واحداً أو أكثر من سهم في أية شركة يعتبر هؤلاء الأشخاص عضواً واحداً بالمعنى المقصود في هذا التعريف).

ووفقاً للمادة (147) من قانون الشركات أجاز المشرع السوداني للشركة ذات المسؤولية المحدودة الخاصة أن تتحول إلى شركة عامة وفقاً للشروط التي قررها ، حيث نص في المادة المذكورة على أنه:

يجوز للشركة الخاصة ، مع مراعاة أي نص مضمن في عقد تأسيسها أو في نظامها ، أن تتحول إلى شركة عامة بمقتضى قرار خاص ، ويجب عليها أن تودع لديه أيضاً تقريراً بدلاً من البيان الذي كان يجب عليها إيداعه لدى المسجل لو كانت شركة عامة قبل تخصيص أي من أسهمها أو مستنداتهما ويجب عليها كذلك أن تودع لدى المسجل تصريحاً مصدقاً عليه بطريقة صحيحة مما كان يجب عليها إيداعه قبل البدء في مزاوله أعمالها لو كانت شركة عامة.⁽¹⁾ متى أودعت المستندات المبينة في البند (الأول) فيجب على المسجل أن يدون في دفاتره التغيير المتعلق بالشركة).

الشركة ذات المسؤولية المحدودة العامة:

الشركة ذات المسؤولية المحدودة العامة شركة يكون الغرض منها تجميع رأس مال للاستثمار وتحقيق الأرباح، لذا يقرر المشرع لها أحكاماً تضمن تحقيق أغراضها. وهي شركة شأنها شأن الشركة الخاصة يتكون رأس مالها من أسهم إلا أن القانون أجاز لها دعوة الجمهور للاكتتاب في هذه الأسهم وإخضاعها لرقابة سوق الخرطوم للأوراق المالية وفقاً لقانونه الصادر في 1994م. وقد اشترط المشرع السوداني في المادة (4) من قانون الشركات أن يكون عدد المؤسسين التي تدعوا الجمهور للاكتتاب سبعة أشخاص على الأقل، حيث نص على أنه: (يجوز لسبعة أشخاص أو أكثر

(1). المادة «147» من قانون الشركات السوداني لسنة 1925م

(أو لشخصين أو أكثر إذا كانت الشركة المراد تكوينها شركة خاص)، يشتركون لتحقيق غرض من الأغراض المشروعة، أن يكونوا شركة ذات شخصية اعتبارية ومسؤولية محدودة، بمعنى أن تكون مسؤولية أعضائها محدودة بمقتضى عقد تأسيسها، بمقدار ما لم يدفع من الأسهم - إن وجدت - التي يحملها كل منهم وذلك بتوقيع هؤلاء الأشخاص بأسمائهم على عقد تأسيس الشركة والقيام بغير ذلك مما يستلزمه هذا القانون في شأن التسجيل). والشركة ذات المسؤولية المحدودة العامة خلافاً للشركة الخاصة لا تزاول أعمالها إلا بعد حصولها على شهادة من المسجل التجاري بإذن بدء العمل وذلك بعد تحقق الشروط اللازمة. حيث نص المشرع السوداني في المادة (96) من قانون الشركات على أنه:

لا يجوز للشركة أن تبدأ مزاوله أي عمل من أعمالها أو مباشرة أي سلطة لها في الافتراض إلا بالشروط الآتية وهي أن:

- تكون الأسهم التي حازها الحاملون بشرط دفع جميع قيمتها نقداً قد خصصت بمقدار لا يقل في الجملة عند الحد الأدنى للاكتتاب.

- يكون كل عضو ومجلس الإدارة قد دفع للشركة عن كل سهم أخذه أو تعهد بأخذه مما هو ملزم بدفع قيمته نقداً جزءاً مساوياً للجزء الواجب دفعه عند الطلب والتخصيص عن الأسهم المعروضة على الجمهور للاكتتاب فيها أو عن الأسهم الواجب أداء قيمتها نقداً في حالة الشركة التي لا تصدر بياناً بدعوة الجمهور للاكتتاب في أسهمها.

- يكون سكرتير الشركة أو أحد أعضاء مجلس إدارتها قد أودع لدى المسجل إقراراً رسمياً بالشكل المقرر بأن الشروط الثابت ذكرها قد نفذت.⁽¹⁾

- يكون قد أودع لدى المسجل تقريراً بدلاً من البيان وذلك في حالة الشركة التي لا تصدر بياناً بدعوة الجمهور للاكتتاب في أسهمها.

عند إيداع الإقرار الرسمي وفقاً لأحكام هذه المادة يجب على المسجل تحرير شهادة بان للشركة الحق في البدء في مزاوله أعمالها وتعتبر هذه الشهادة دليلاً قاطعاً على ثبوت حق الشركة في ذلك ومع ذلك ففي حالة الشركة التي لا تصدر بياناً بدعوة الجمهور للاكتتاب في أسهمها، ولا يجوز للمسجل إعطاء هذه الشهادة، إلا إذا أودع لديه تقرير بدلاً من البيان.

كل عقد أبرمته الشركة قبل التاريخ الذي يكون لها الحق أن تبدأ فيه مزاوله أعمالها يكون مؤقتاً ولا تلتزم به الشركة حتى التاريخ ويصبح ملزماً من التاريخ المذكور.

ليس هذه المادة ما يمنع من أن يحصل في وقت واحد عرض الأسهم والسندات للاكتتاب أو التخصيص أو استلام النقود الواجب أدائها عند طلب المستندات.

إذا بدأت الشركة في مزاوله أعمالها أو مباشرة حقها في الافتراض بالمخالفة لأحكام هذه المادة

(1). المادة 96 من قانون الشركات السوداني لسنة 1925م

فيعاقب كل شخص مسئول عن هذه المخالفة بالغرامة التي تحددها المحكمة عن كل يوم تستمر فيه هذه المخالفة دون المساس بأية مسئولية تترتب على المخالفة.
لا تسري أحكام هذه المادة على الشركات الخاص).

وبين المشرع السوداني في المادة (140) من قانون الشركات على المسئولية المترتبة على مزاوله الأعمال عند نقص عدد أعضاء الشركة عن الحد المقرر قانوناً والتي تقرأ: (إذا نقص في أي وقت ، عدد أعضاء الشركة عن اثنين في حالة الشركات الخاصة أو عن سبعة ، في حالة أية شركات أخرى ، وزاولت الشركة أعمالها مدة تزيد عن ستة أشهر مع وجود هذا النقص فكل عضو يكون في الشركة أثناء المدة التي زاولت فيها أعمالها بعد مدة الستة أشهر المذكورة ويعلم أنها تزاول أعمالها بأقل من عضوين أو من سبعة ، على حسب الأحوال يلتزم بان يدفع على انفراد جميع ديون الشركة التي تعاقدت عليها خلال هذه المدة ويجوز مقاضاته بشأنها ، بدون اشتراك أي عضو آخر في الدعوى.⁽¹⁾

الشركة الخيرية: الشركات الخيرية شركات يسمح المشرع السوداني بتكوينها بغرض تشجيع التجارة أو الفنون أو العلوم أو الأعمال الخيرية أو أي غرض من الأغراض الدافعة. وهي شركات لا تهدف إلى الربح بل يجب عليها توظيف أرباحها أو إيراداتها في سبيل تحقيق أغراضها.
وقد بينت المادة (23) من قانون الشركات قواعد إستصدار الرخصة لهذه الشركات حيث نصت على انه:

إذا اقتنع مجلس الوزراء بما قد اليهم من أدلة بان أية هيئة تتوافر فيها الشروط اللازمة لتكوين شركة محدودة قد تكونت بالفعل أو أنها على وشك التكوين وكان غرضها من ذلك تشجيع التجارة أو الفنون أو العلوم أو الأعمال الخيرية أو أي غرض من الأغراض النافعة وأنها توظف أو تنوي توظيف أرباحها - إن وجدت- أو إيراداتها الأخرى في تحقيق أغراضها مع حظر دفع أية حصة من لأرباح لأعضائها جاز لمجلس الوزراء أن يأمر بتسجيل هذه الهيئة بوصفها شركة ذات مسئولية محدودة بدون إضافة كلمة «محدودة» إلى اسمها ويجوز تسجيل الهيئة وفقاً لذلك.⁽²⁾
يجوز لمجلس الوزراء أن يمنح بموجب أحكام هذه المادة رخصة وفقاً للشروط ومع مراعاة اللوائح التي يراها مناسبة وتكون هذه الشروط واللوائح ملزمة للهيئة ويجب إدخالها في عقد التأسيس والنظام أو في أحدهما إذا قرر مجلس الوزراء ذلك.
يكون للهيئة عند تسجيلها حق التمتع بجميع امتيازات الشركات المحدودة وتضع لجميع التزاماتها عدا استعمال كلمة «محدودة» كجزء من اسمها ونشر ذلك الاسم وإيداع كشف عند المسجل بأسماء وأعضاء مجلس الإدارة والمديرين.

(1). المادة 140 من قانون الشركات السوداني لسنة 1925م

(2). مادة 23 من قانون الشركات السوداني لسنة 1925م

يجوز لمجلس الوزراء أن يلغي في أي وقت الرخصة الصادرة بموجب أحكام هذه المادة ويجب على المسجل عند إلغاء الرخصة أن يدون كلمة «محدودة» في نهاية اسم الهيئة بالسجل وينتهي بذلك حق الهيئة في التمتع بالإعفاءات والامتيازات الممنوحة بموجب أحكام هذه المادة ومع ذلك على مجلس الوزراء قبل إلغاء الرخصة على الوجه المتقدم أن يعلن الهيئة كتابة بهذه النية ويعطيها فرصة تقديم ما تريد تقديمه من معارضة للإلغاء).

شركات القطاع العام: نظم المشرع السوداني في الباب التاسع من قانون الشركات لسنة 1925 أحكام شركات القطاع العام بأنها: (أي شركة مسجلة بموجب أحكام هذا القانون والمملوكة لأجهزة الدولة الاتحادية بنسبة 100%).

وشركات القطاع العام الواردة في هذه المادة يقصد بها تلك الشركات الوطنية المسجلة وفقاً لقانون الشركات والمملوكة لأجهزة الدولة الاتحادية وبالتالي لا تعد الشركة من شركات القطاع العام إذا كانت أجهزة الدولة الاتحادية تملك بعضاً من أسهامها، كما لا تعد كذلك تلك التي تملكها الحكومات الولائية كاملة أو مساهمة مع الحكومة الاتحادية.

ويرى جانب من الفقه أن تسمية هذه الشركات بشركات القطاع العام ليست دقيقة وان الاسم المقترح بشركات الحكومة الاتحادية يكون أكثر واقعية ودقة⁽¹⁾. وبين المشرع السوداني في المادة (258) من قانون الشركات الأغراض التي تمارسها شركات القطاع العام إلى جانب ما نص عليه عقد تأسيسها، فنص على أنه: (تكون لكل شركة قطاع عام، بالإضافة إلى أغراضها المنصوص عليها في عقد تأسيسها الأغراض الآتية:
العمل على أسس تجارية.

المساهمة في زيادة الدخل القومي من خلال زيادة الإنتاج وتحسين الإنتاجية.
المساهمة في زيادة الصادر بفتح قنوات للتصدير بما يحقق زيادة في حصيله البلاد من العملات الحرة وإحلال الواردات.

الدخول في الاستثمارات التي يعجز القطاع الخاص منفرداً عن الاستثمار فيها)⁽²⁾.
كما نص المشرع السوداني في المادة (260) من ذات القانون على: (تكون لكل شركة قطاع عام في سبيل أغراضها، إلى جانب أي سلطات أخرى مخولة لها بموجب عقد تأسيسها، السلطات الآتية، وهي أن: تباشر جميع التصرفات والأعمال، وفق أحكام القانون، التي من شأنها تحقيق أغراضها.
ب- تستخدم من ترى من العاملين ضرورة استخدامهم لتمكينها من الاضطلاع بمهامها.
تقوم بموافقة الوزير بالتملك والشراء والبيع للعقارات وكذلك القيام بتشييد المباني عليها وإقامة المنشآت كافة لتحقيق أغراضها.

(1). أحمد عبد الله، 20113م، ص 214.

(2). المادة 258 من قانون الشركات السوداني لسنة 1925م

تنشئ بموافقة الوزير المختص فروعاً لها أو مكاتب في أي مكان داخل السودان أو خارجه متى اقتضت طبيعة عملها ذلك⁽¹⁾.

شركة مساهمة عامة فنص على أنه: (يجب أن تتخذ الشركات التي تمتلك الدولة أو أي شخص عام آخر جزءاً في رأسمالها أيضاً كان قدره شكل شركة المساهمة العامة. فإذا تملكت الدولة أو الشخص العام حصة من شركة قائمة وجب تحويلها إلى شركة مساهمة عامة).

شركات الامتياز:

يعرف المشرع السوداني نوعاً من الشركات هي شركات الامتياز، والتي يعرفها في المادة الثانية من قانون الشركات العامة (منح الامتيازات) لسنة 1969 الصادر في 1969/10/12 بأنها: (شركة امتياز «يقصد بها» شركة عامة منحت امتيازاً بمقتضى أحكام هذا القانون والتي يبيح نظامها الأساسي للوزير الحق المطلق من وقت لآخر في تحديد⁽²⁾ قيمة السهم.

الحد الأقصى لعدد الأسهم التي يمتلكها أو يصح أن يمتلكها).

وقد وضع المشرع السوداني أحكاماً خاصة بشركات الامتياز فيما يتعلق بطرق وأسباب تصفيته، وذلك في المادة الثامنة من هذا القانون، فيجوز للوزير والذي عرفته المادة الثانية من القانون بأنه وزير المالية والاقتصاد الوطني إذا ارتكبت الشركة أياً من الأفعال المنصوص عليها في البند الأول من المادة الثامنة أن يوجه المسجل التجاري بعد موافقة مجلس الوزراء لإلغاء تسجيل هذه الشركة أو يتقدم بطلب للمحكمة لتصفية الشركة، ولكن إذا رأى الوزير أن من المناسب سحب الامتياز الممنوح للشركة فهنا تكون الشركة شركة عادية ولا ينطبق عليها قانون الشركات العامة (منح الامتياز) لسنة 1969 فتخضع عندئذ لقانون الشركات لسنة 1925م.

فنصت المادة (1/8) المذكورة على أنه: إذا أخفقت أي شركة امتياز عامة في تنفيذ أي من أحكام هذا القانون أو أي من الشروط المفروضة بمقتضياته أو قامت بممارسة أي أعمال مغايرة لتلك الأعمال المحدودة في نظام تأسيسها يجوز للوزير:

- أ. بموافقة مجلس الوزراء أن يوجه المسجل التجاري العام لإلغاء تسجيل تلك الشركة وأن يتقدم بطلب لتصفية الشركة للمحكمة وعلى المحكمة أن تصدر أمراً بتصفية الشركة، أو
- ب. إذا رأى ذلك مناسباً، بدلاً من إصدار مثل ذلك التوجيه أن يسحب الامتيازات الممنوحة لها ومن ثم تصبح أحكام هذا القانون غير مطبقة على تلك الشركة).

(1). المادة 260 من قانون الشركات السوداني لسنة 1925م

2 (2). المادة 2 من قانون الشركات العامة السوداني (منح الامتيازات) لسنة 1969

الشركات الأجنبية:

المعيار في تحديد أن الشركة أجنبية أم لا، هو جنسية الدولة التي تم تسجيلها فيها بغض النظر عن جنسية مؤسسها⁽¹⁾، فالشركة تعتبر سودانية إذا ما سجلت في السودان حتى ولو كان مؤسسها من الأجانب. والشركات الأجنبية وفقاً للقانون السوداني، إما شركات عاملة داخل الدولة أو غير عاملة. فالشركة العاملة هي الشركة المسجلة خارج الدولة ويقع مركزها الرئيسي في تلك الدولة، وهي إما شركات تعمل لمدة محددة كالتي تحال إليها عطاءات لتنفيذ أعمالها في الدولة لمدة محددة ينتهي تسجيلها بانتهاء تلك الأعمال. أو شركات تعمل بصفة دائمة بناءً على ترخيص من الجهات المختصة.

أما الشركات غير العاملة أو ما يعرف بشركات المقر ومكاتب التمثيل، فيقصد بها الشركة أو الهيئة التي تتخذ مقراً لها في الدولة أو مكتب تمثيل لأعمالها التي تقوم بها في الخارج وذلك بقصد استخدام مقرها أو مكتب تمثيلها لتجلبه أعمالها وتنسيقها مع مركزها الرئيسي. ويحظر على هذا النوع من الشركات مزاوله أي عمل أو نشاط تجاري داخل الدولة. وقد أجاز المشرع السوداني للشركات الأجنبية العاملة بالعمل داخل السودان بعد تسجيلها وفق أحكام قانون الشركات لسنة 1925 أما الشركات الأجنبية غير العاملة فلا يجوز لها أن تتخذ مقراً أو مكتباً لتوجيه أعمالها وتتبعها مع المركز الرئيسي، كما لا يجوز لها مزاوله أي عمل تجاري إلا بعد تسجيلها وفقاً لأحكام القانون. وقد نص في المادة (248) من قانون الشركات على أنه: (الشركة المؤسسة خارج السودان التي لم تكن في اليوم الخامس عشر من شهر مارس 1939 قد أنشأت محل لها في السودان، ولم تكن قد سجلت المستندات المطلوب تسجيلها بموجب أحكام هذا القانون، لا يجوز لها إنشاء محل عمل في السودان ما لم يكن قد سجلت بموجب أحكام هذه المادة. على أنه في حالة الشركة التي تؤسس خارج السودان والتي تدخل في عقد مع الحكومة لتنفيذ أي عمل في السودان والتي عليها أن تنشئ مركز أعمال في السودان من أجل ذلك الغرض فقط، فإن التسجيل يعتبر محصوراً على ذلك العمل وللوقت اللازم لتنفيذه وفقاً لشروط العقد).

أنواع الشركات في القانون الوضعي:

تقسم الشركات في القانون الوضعي الى انواع مختلفة بالنسبة لأسس مختلفة، وبالنسبة للأصول القانونية التي اعتمد عليها قانون الشركات، وقد اعتمدت القوانين العربية على الأصل اللاتيني، ولاسيما الفرنسي، باستثناء قانون الشركات الاردني فانه اعتمد على الاصل الانجلوسكسوني.⁽²⁾

(1). عبد العزيز عزت الياط ، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، منشورات وزارة الأوقاف ، الأردن ، 1390هـ

، ص 217.

(2). عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، شرح القانون المدني للدكتور ج 5، 232 وما بعدها، طبعة سنة 1962.

تقسيمات القوانين العربية التي اعتمدت على القانون الفرنسي:

تقسم الشركة بالنسبة لغرضها الى:

شركة مدنية: وهي الشركات التي تقوم لتحقيق اغراض تعود بالربح على الشركاء دون أن تدخل المشروعات المالية التي تقوم بها في أعمال التجارة، وقد حددتها المادة الثانية من القانون التجاري.

شركة تجارية:

وهي التي تقوم بأعمال تجارية، وهي أهم من الشركات المدنية لأنها تقوم بدور اساسي في الحياة الاقتصادية، وعلى الرغم من ذلك فإنها تأخذ عن الشركات المدنية اصولها العامة، وترجع الى الاحكام الرئيسية التي تحكمها كما نص عليها القانون.

وتنقسم الشركة بالنسبة لتكوينها الى قسمين:

شركات اشخاص: وهي التي يبرز فيها العنصر الشخصي عند التكوين.

شركات أموال: وهي التي يتضاءل فيها العنصر الشخصي وانما تكون الاهمية للمال في استغلال موضوع الشركة.

أنواع شركات الاشخاص:

شركة التضامن: وهي الشركة التي يعقدها شخصان أو أكثر بقصد التجارة، ويكون فيها جميع الشركاء ملزمين بالتضامن عن جميع التزامات الشركة في اموالهم العامة والخاصة. شركة التوصية: وهي الشركة التي تعقد بين شريك واحد أو أكثر من جانب، ويكونون مسئولين بالتضامن عن ادارة الشركة ويسمون شركاء متضامين، وبين شريك واحد أو أكثر يكونون اصحاب حصص مالية ولا يسألون الا بمقدار حصصهم ولا يتدخلون في ادارة الشركة ويسمون شركاء موصين.

شركة المحاصة:

وهي شركة تقوم بين الشركاء وحدهم ولا وجود لها بالنسبة للآخرين، فمن عقد من الشركاء المحاصين عقداً مع الغير يكون مسئولاً عنه وحده، والارباح والخسائر بينهم بحسب الاتفاق.

أنواع شركات الاموال:

شركة المساهمة: وهي التي يقسم فيها راس المال الى أسهم تكون متساوية القيمة ويكون لكل شريك عدد من الاسهم. شركة التوصية بالأسهم: وهي شركة تشبه شركة التوصية البسيطة لان فيها نوعين من الشركاء، شركاء متضامين، وشركاء موصين، لا يسألون إلا بمقدار حصصهم، وتشبه شركة المساهمة لأن الحصص تقسم إلى أسهم.

الشركة ذات المسؤولية المحدودة: وهي شركة لها خصائص الشركات، ولكنها تمتاز بانها اعفيت من أكثر قيود شركات المساهمة، وبقيت فيها مسؤولية الشركاء محدودة بمقدار الحص التي يملكونها. وهناك نوع من الشركات يجمع بين صفة الشركات المدنية، والشركة التجارية، وقد أطلق عليها اسم «الشركات المدنية ذات الشكل التجاري» وذلك إذا اتخذت الشركة المدنية شكلاً من اشكال الشركات التجارية كشركة مساهمة، او شركة ذات مسؤولية محدودة.⁽¹⁾ ويتجه القانون الانجليزي في تقسيم الشركات الى اتجاهين:

الاتجاه الأول: هو اتجاه يقوم على اساس الحصص المقررة من الشركات ومدى مسئوليتهم تجاه الشركة.

الاتجاه الثاني: اتجاه يقوم على اساس تكوين الشركة ومدى فعالية الاشخاص او الاموال في حياة الشركة.

والاتجاه الأول يقسم الى قسمين رئيسيين:

1-القسم الاول يشمل النوع الذي يطلق عليه الانجليز اسم: partnerships وهو نوعان:
أ. أ-الشركات العادية او غير محدودة المسؤولية Unlimited or ordinary وهي كشركة التضامن لأن مسؤولية الاعضاء فيها غير محدودة ويسال كل شريك فيها عن ديون الشركة، وهي من أقدم انواع الشركات في القانون الانجليزي العام common law ويزر فيها العنصر الشخصي والادارة فيها حق لكل شريك.

ب. الشركة المحدودة المسؤولية: limited partnership

والشركاء فيها قسمان:

- قسم يطلق عليها شركاء عموميون، وهؤلاء يتولون الادارة ويسألون عن ديون الشركة بأكثر من حصصهم.
- قسم يطلق عليه اسم شركاء محدودون وهم ممنوعون من الادارة ومسئوليتهم محدودة، ويتطلب القانون اشهار هذه الشركة بتسجيلها ولا يجوز فيها التنازل الا بموافقة جميع الشركاء، وإذا تدخل أحد الشركاء في الادارة التزم بدفع ديون الشركة كلها.

القسم الثاني: شركات المساهمة وهي أنواع:

-الشركة محدودة المسؤولية بالأسهم:

Company limited by shares

وتقابل «شركات المساهمة» في التقنين الفرنسي، ولا يلتزم الشركاء فيها الا بقيمة اسهمهم عند التصفية.

(1)- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، شرح القانون المدني للدكتور ج 5، 232 وما بعدها، طبعة سنة 1962.

-الشركة المحدودة المسؤولية بالضمان: **Company limited by Gurantee**

أي أن مسؤولية الشركاء فيها تتجاوز قيمة الاسهم المكتتب فيها، ولكن لا تزيد عن المبلغ المدون في عقد الشركة والمتفق على دفعه وقت التصفية لوفاء ديون الشركة ومصارييف ونفقات التصفية، ويتساوى الاعضاء في مقدار المبلغ ولا يطالبون به إلا عند التصفية. وليس لهذا النوع مقابل في التقنين الفرنسي أو العربي. الشركة غير محدودة المسؤولية **unlimited company** وتتكون من أعضاء مسئوليتهم محدودة.

والإتجاه الثاني: تنقسم فيه الشركات إلى قسمين

-شركات عامة **public companies** وهي ما توجه الدعوة فيها إلى الاشتراك بالاككتاب العام.

شركات خاصة **private company** وهي ما يكتتب فيها برأس المال دون إجراء دعوة عامة ويكون عدد المكتتبين فيها لا يزيد عن خمسين عضواً ولا يقل عن عضوين ويعفيها القانون من كثير من الالتزامات.⁽¹⁾

شركات الأشخاص:

نعني بشركات الاشخاص الشركات التي يبرز فيها العنصر الشخصي وهي تسمية قانونية للشركات التي يظهر فيها أثر الشركاء في توجيه الشركة والقيامب أعمالها بخلاف شركات الأموال، فان العنصر الشخصي للشركاء يتضاءل في توجيهها حتى يكاد ينعدم .

(1)-الشركات، للدكتور كامل امين ملش ، ص 81 ، طبعة 1957م

الفصل الثاني أثر اندماج الشركات على حقوق الدائنين

المبحث الأول:

مفهوم الاندماج وأهميته وخصائصه

المبحث الثاني:

أثر الاندماج على حقوق الدائنين حاملي حصص التأسيس

المبحث الأول مفهوم الاندماج وأهميته وخصائصه

نعرض من خلال هذا المبحث مفهوم الاندماج في الفقه القانوني والقوانين المقارنة وأهميته
مفهوم الاندماج وتعريفه:

الطبيعة البشرية مبنية على تقلبات وتحولات من حين لآخر تبعاً للظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وغيرها - والذي يعينني في هذه البحث هي التحولات التي تتعلق بالنشاط الاقتصادي⁽¹⁾.

التي من شأنها إجبار المستثمر أو التاجر للعمل على تطوير أو تغيير نوع أو نظام نشاطه التجاري لتحقيق أهدافه وطموحاته ولمواكبة التطورات الماثلة، كما أن هذه الظروف أيضاً تمس الأشخاص المعنوية (شركات وهيئات اقتصادية) الأمر الذي يضطرها للعمل علماتخاذ قرارات متنوعة لمقابلة هذه التحولات للنجاة من الانهيار وتبوؤ مكانة أرفع ومن هذه القرارات المهمة (اندماج الشركات) الذي أصبح ظاهرة مهمة في ظل العولمة والانفتاحاالاقتصادي الأمر الذي أدى إلى ضرورة قيام منشأة اقتصادية مؤهلة فنياً ومالياً وإدارياً:

فالاندماج يعني دمج شركة قائمة في شركة أخرى أو اندماج شركتين مع بعضهما البعض لتصبحا شركة جديدة قائمة بذاتها وفي كلا الحالتين تنتهي شخصية الشركة المندمجة وبالتالي حذفها من السجل.

كما يعني الاندماج نقل الذمة المالية لشركة أو شركة أخرى طبقاً للنظام القانوني لنقل الحصص العينية حتى ولو تضمنت هذه الحصص مبالغ نقدية، بل حتى لو كانت الذمة المالية بجميع عناصرها للشركة المزمع اندماجها عبارة عن نقدية فقط وينتج عن هذا الاندماج شركة جديدة مصدرها جميع الشركات التي انصهرت فيها وتعتبر الشركة الدامجة أو الناتجة عن الاندماج خلفاً للشركات المندمجة وتحل محلها حلوياً قانونياً فيما لها وما عليها وذلك في حدود ما اتفق عليه في عقدالاندماج مع عدم الإخلال بحقوق الدائنين⁽²⁾.

يستخلص من هذا الاندماج هو اتفاقية بمقتضاها تتحد شركتان أو أكثر في شركة واحدة لها

(1) التحولات الاقتصادية عامة تمر بالدول والوطن والإقليم وتتمثل في التطورات الاقتصادية الدولية الناتجة من نمو العلاقات أو تدهورها ومنها خاصة بالفرد تتعلق بالمنافسة أو الكساد أو انخفاض دخل الفرد وقلّة القوة الشرائية وغيرها. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، النظرية العامة للشركات وشركات الأشخاص، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة 1992م، ص 87.

(2) راجع اندماج الشركات من الوجهة القانونية - مرجع سابق ص 18-19.

شخصية معنوية بعد اتخاذ إجراءات تأسيس جديدة أو تبليغ شركة يطلق عليها الشركة الدامجة شركة أخرى تسمى المندمجة وتسمى الصورة الأولى (الاندماج بطريق تكوين شركة جديدة أو بالضم) ويطلق على الصورة الثانية (الاندماج بطريق الامتصاص). والاندماج هو إحدى الطرق القانونية التي يقصد بها توحيد الشركات، وذلك بإعادة تجميع وسائل إنتاجها، وقد يحصل هذا الاندماج بشكل أفقي، بأن يتم دمج شركتين من نفس المستوى الإنتاجي، أي ينتجان نفس الخدمة بقصد الاستفادة من مزايا الإنتاج الكبير، وقد يكون الاندماج رأسياً، وهو ما يتم عادة بين شركتين تنتج كل منهما سلعة مكملة للأخرى أو يتوقف على إنتاج أحدهما إنتاج الشركة الأخرى⁽¹⁾، ويعدُّ الاندماج وسيلة التركيز الاقتصادي، وظهور المشروعات الضخمة، بحيث تصبح الشركات المندمجة تحت إدارة واحدة، لذلك فإن من دوافع الاندماج الرغبة في السيطرة.

تعريف الاندماج في الفقه القانوني:

عرف الدكتور محسن شفيق الاندماج بالمعنى القانوني بقوله هو (فناء شركة أو أكثر في شركة أخرى، أو فناء شركتين أو أكثر وقيام شركة جديدة تنتقل إليها ذمم الشركات التي فئيت)⁽²⁾. كما عرفته الدكتور سميحة القليوبي بأنه: (اجتماع شركتين أو أكثر في شركة واحدة، سواء بانضمام شركة إلى أخرى، حيث تفقد الشركة المندمجة شخصيتها القانونية لصالح الشركة المندمجة فيها أو الدامجة، وهو ما يسمى الاندماج بطريق الضم أو بانحلال شركتين لتكوين شركة جديدة على أنقاضها، وهو ما يسمى بالاندماج بطريق المزج)⁽³⁾.

(1). حسن محمد هند، المرجع السابق، ص353.

(2). محسن شفيق، مرجع سابق، ص664.

(3). سميحة القليوبي، الشركات التجارية، النظرية العامة للشركات وشركات الأشخاص، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة

1992م، ص137.

وعرف الاندماج بأنه: «العملية القانونية التي تجمع في شركة واحدة عدة شركات قائمة» كما عرف بعض الفقهاء الاندماج بأنه: «التحام شركتين أو أكثر التحاماً يؤدي إلى زوالهما معاً وانتقال جميع أموالهما إلى شركة جديدة، أو زوال أحدهما فقط وانتقال جميع أموالها إلى الشركة الدامجة» وفي تعريف آخر فقد عرف الاندماج بأنه: «عملية تتضمن قيام شركة أو عدة شركات بنقل كافة موجوداتها إلى شركة أخرى قائمة، يزيد رأسمالها بمقدار هذه الموجودات أو إلى شركة جديدة بحيث تتحمل الشركة الدامجة أو الجديدة كافة خصوم الشركة المندمجة وتؤول الأسهم أو الحصص الجديدة التي تمثل هذه الموجودات إلى الشركة المندمجة⁽¹⁾».

وقد عرف الاندماج أيضاً بأنه: «فناء شركة أو أكثر في شركة أخرى، أو فناء شركتين أو أكثر وقيام شركة ينتقل إليها أموال الشركات التي فُيتت» وبدورنا، نعرف الاندماج بأنه: «عقد بين شركتين أو أكثر، يترتب عليه زوال الشخصية المعنوية للشركة أو الشركات المندمجة وتنتقل كافة أصولها وخصومها إلى الشركة الدامجة أو تنحل بمقتضاه شركتان أو أكثر فتزول الشخصية المعنوية لكل منهما وتكونان شركة واجدة جديدة لها شخصية معنوية مستقلة، وتنتقل كافة الأصول والخصوم إلى الشركة الجديدة» وهذا التعريف، يعتمد على أسس معينة هي:

يبين هذا التعريف أن الاندماج عقد يبرم بين الشركات الداخلة فيه ولذلك يلزم توافر الأركان العامة للعقد.

كذلك يبين التعريف الأثر المترتب على الاندماج وهو فناء و زوال الشخصية المعنوية للشركات المندمجة وكذلك انتقال أصول وخصوم الشركات المندمجة إلى الشركة الجديدة⁽²⁾.

يظهر من هذه التعاريف أن الاندماج يمكن أن يتم بإحدى طريقتين الأولى هي طريقة الضم أو الابتلاع، ويحصل ذلك عندما يتم حل شركة أو أكثر وإلحاق موجوداتها بشركة أخرى قائمة، حيث تفنى شخصية الشركة أو الشركات المندمجة في شخصية الشركة الدامجة.

أما الثانية فهي طريقة المزج، ويحصل ذلك عندما يتم حل الشركتين أو الشركات الراغبة في الاندماج، وتنشأ عنها شركة جديدة منفصلة تماماً عن شخصية الشركتين أو الشركات المندمجة، وتنتقل إلى الشركة الجديدة ذمم الشركات المندمجة. وأياً كانت الطريقة التي تم بها الاندماج، فهي بالنتيجة زوال شركة على الأقل وانتقال ذمتها المالية إلى شركة أخرى، كما يفترض، أيضاً، انتقال مساهمي الشركة التي أزيلت إلى الشركة المستفيدة من عملية الاندماج⁽³⁾. ومن الملاحظ أن عمليات الاندماج بطريق الضم أو ما يسمى بالابتلاع هو الأكثر شيوعاً على المستوى الدولي، لأن

(1). ماد، محمد علي، اندماج الشركات وفقاً لقانون الشركات الأردني، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، (1996)، ص 7

(2) حماد، محمد علي، اندماج الشركات وفقاً لقانون الشركات الأردني، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، (1996)، ص 9.

(3). محمد شوقي شاهين، الشركات المشتركة، رسالة دكتوراه قدمت إلى جامعة القاهرة سنة 1978م، ص 159.

الاندماج بطريق المزج يكلف نفقات باهظة، يضاف إلى ذلك أن كبر حجم أصول الشركة الجديدة التي تنشأ عن حل الشركتين أو الشركات الراغبة بالاندماج سوف يؤدي إلى فرض نسبة عالية من الضرائب عليها. ولا بد من الإشارة إلى أن المفهوم القانوني للاندماج قد يختلط لدى البعض مع بعض العمليات التي تؤدي ذات وظائف الاندماج الاقتصادية، في حين أن هناك اختلافاً بين الحالتين، فلا يعدُّ اندماجاً، مثلاً، العملية التي تقوم بها إحدى الشركات بنقل أصولها الصناعية إلى شركة قائمة مع بقائها كشركة قابضة، وكل ما يهمها هو ممارسة سيطرتها الإدارية على الشركة المقبوضة عن طريق تملكها نسبة كبيرة من الأسهم في هذه الشركة⁽¹⁾. ومع ذلك فإنَّ الاقتصاديين يطلقون على هذه العمليات تعبير الاندماج؛ لأنهم اقتصاديون. إنَّ ما يهم هو وحدة المشروع من الناحية الاقتصادية؛ أي تركيز رأس المال لدى جهة معينة دون النظر إلى الجوانب القانونية، وقد خصص قانون الشركات الأردني رقم (22) لسنة 1997م المواد: (222-239) لاندماج الشركات.

قد قضت المادة (222) من هذا القانون⁽²⁾ بأن اندماج الشركات يتم بالطرق التالية:

باندماج شركة أو أكثر مع شركة أو شركات أخرى تسمى (الشركة الدامجة) وتنقضي الشركة أو الشركات الأخرى المندمجة فيها، وتزول الشخصية الاعتبارية لكل منها.

باندماج شركتين أو أكثر لتأسيس شركة جديدة هي الشركة الناتجة عن الاندماج، وتنقضي الشركات التي اندمجت بالشركة الجديدة، وتزول الشخصية الاعتبارية لكل منها. باندماج فروع ووكالات الشركات الأجنبية العاملة في المملكة في شركة أردنية قائمة أو جديدة تؤسس لهذه الغاية، وتنقضي تلك الفروع والوكالات، وتزول الشخصية الاعتبارية لكل منها.

إن قيام الشركات بعمليات الاندماج القصد منه تحقيق العديد من الأهداف، ومنها: التغلب على شركة أو شركات منافسة، تعمل في نفس السوق، وذلك عن طريق تغيير موازين قوى المنافسة في السوق. والذي يعيننا هنا هو الاندماج الذي يحصل بين شركات تحمل جنسيات مختلفة؛ لأن هذا الاندماج هو الذي يؤدي إلى ظهور شركات متعددة الجنسيات. التوسع في مجال المنافسة في المجال الخارجي، وذلك عن طريق قيام فرع أو فروع الشركة بالخارج بالاندماج مع شركات تحمل جنسيات أخرى متواجدة في تلك الأماكن، من أجل السيطرة على تلك الأسواق⁽³⁾.

(1). حسام عيسى، المرجع السابق، ص 89.

(2). تم إلغاء المادة (222) من القانون الأصلي والاستعاضة عنه بهذا النص بموجب القانون المؤقت المعدل رقم (40) لسنة 2002م.

(3). صبحي الاتريبي، بحث بعنوان، بعض اتجاهات الصراع والمنافسة بين الشركات المتعددة الجنسية، ألقى في ندوة التطور

تكوين شركات وليدة على المستوى الدولي:

إن الاندماج كطريقة لتكوين شركات متعددة الجنسيات، يكتنفه الكثير من الصعوبات القانونية، لذلك تفضل الشركات الكبرى اللجوء إلى أساليب أخرى لتحقيق هذا الغرض، كتكوين شركات وليدة جديدة على المستوى الدولي.

إن تكوين شركات وليدة على المستوى الدولي لا يثير صعوبات قانونية معقدة، وكل ما يتطلب الأمر هو أن قانون الدولة الأم يسمح لها بتملك أسهم شركة أو شركات أخرى خارج إقليم دولة الشركة الأم، وبنفس الوقت يجب أن يكون قانون الدولة المضيفة يسمح للشركة الأم بتملك أسهم الشركة الوليدة، وبالنسبة التي تمكنها من السيطرة على هذه الشركة.

علماً أن معظم القوانين الوضعية المعاصرة تفسح المجال لشركاتها بتملك أسهم في شركات قائمة في الخارج، وبنفس الوقت تسمح للشركات الأجنبية بتملك أسهم في الشركات الوطنية والأجنبية العاملة في أراضيها تشجيعاً للاستثمار.

إلا أن ذلك لا يعني أن لا توجد هناك بعض القيود على الشركات الأجنبية التي تريد تملك أسهم في شركات في الخارج من قبل الدول المضيفة للشركات الوليدة. ومن هذه القيود التي لجأت إليها بعض الدول، هي فرض قيود على حق الشركة الوليدة الخاضعة لسيطرة الشركة الأجنبية في الاقتراض من الأسواق المحلية. ومثال ذلك، ما يقرره قانون الرقابة على النقد الأجنبي في إنجلترا من ضرورة حصول الشركات الموجودة على أراضيها والخاضعة لسيطرة شركات أجنبية على أذن الخزانة البريطانية لكي تستطيع الاقتراض في السوق المحلية. ويقصد من هذا الإجراء دفع الشركات الوليدة إلى اللجوء للشركة الأم للحصول على الأموال اللازمة لتمويل مشاريعها بدلاً من اللجوء إلى السوق المحلية، وذلك لمنع تصدير الأموال إلى خارج بريطانيا، وبالتالي يعدُّ مثل هذا الإجراء إحدى الوسائل التي تساهم في علاج العجز الذي يعاني منه ميزان المدفوعات، لأن الدول عندما تفسح المجال للشركات الأجنبية بتملك أسهم في الشركات العاملة على أراضيها إنما ينبغي من وراء ذلك جلب رؤوس الأموال الأجنبية إلى الداخل، إما لقلّة المدخرات الوطنية، وإما لوجود عجز في ميزان المدفوعات⁽¹⁾. وهناك قيود تفرضها بعض الدول على الشركات الوليدة بالنسبة لعمليات الاقتراض تعدُّ أقل تشدداً من القيود التي تفرضها إنجلترا، كالقيود التي يفرضها القانون الإسباني، حيث نص هذا القانون على أن الشركات العاملة على الأراضي الإسبانية، التي يمتلك الأجانب أكثر من 25% من رأسمالها، لا يحق لها الاقتراض من الأسواق المحلية الداخلية أكثر من 50% من رأسمالها بالنسبة للقروض المتوسطة أو الطويلة الأجل⁽²⁾.

الرأسمالي ومستقبل الاشتراكية في الوطن العربي، عقدت خلال الفترة من 18-21، سنة 1992م، في كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ص14.

(1). حسام عيسى، المرجع السابق، ص109.

(2). عصام الدين، النظام القانوني للاستثمارات الأخذ بالنمو، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس، سنة 1972م،

كما لجأت بعض الدول إلى تحديد نسبة معينة لمساهمة الشركات الأجنبية في رأسمال الشركات الوطنية العاملة في أراضيها. فالقانون المكسيكي الصادر في فبراير سنة 1973م حدد نسبة الاستثمار الأجنبي في الشركات الوطنية العاملة بنسبة 49%. ويمنع القانون السويسري تملك الأجانب حصص في رأسمال الشركات الوطنية بنسب تمكنهم من فرض سيطرتهم على هذه الشركات، لأن هذه السيطرة متاحة للسويسريين فقط. أما في المملكة الأردنية الهاشمية فقد قضت المادة (12) من قانون الاستثمار المؤقت رقم (68) لسنة 2003م المعدل بأنه:

يحق لأي شخص غير أردني أن يستثمر في المملكة بالتملك، أو بالمشاركة، أو بالمساهمة وفقاً لأسس وشروط تحدد بمقتضى نظام يصدر لهذه الغاية، على أن تحدد بموجبه قطاعات الاستثمار أو فروعها، والنسبة التي يحق للمستثمر غير الأردني المشاركة أو المساهمة في حدودها، وكذلك الحد الأدنى من رأس المال الأجنبي الذي يتوجب عليه توظيفه لهذه الغاية. أما في غير الحالات التي يشملها نظام التحديد، فيعامل المستثمر غير الأردني معاملة المستثمر الأردني، ويحق للمستثمر الأجنبي إدارة مشروعه بالطريقة التي يراها، وبواسطة الأشخاص الذين يختارهم، وعلى الجهات المختصة تقديم التسهيلات اللازمة لهذه الغاية.

وقد حدد نظام (54) لسنة 2000م المتعلق بتنظيم استثمارات غير الأردنيين نسبة تملك أو مساهمة المستثمر غير الأردني في القطاعات والأنشطة التي حددها هذا النظام. ففي مجال الأنشطة التجارية والخدمات أن لا تزيد النسبة على 50%، وفي مجال خدمات النقل الجوي أن لا تزيد النسبة على 49%. ولا يحق للأجنبي التملك أو المساهمة في أنشطة النقل بسيارة الأجرة الداخلية، والأمن، والنوادي الرياضية، ومقالع الرمل، وحجر البناء. وأعطت المادة (8) من النظام المذكور أعلاه الحق لمجلس الوزراء السماح لأي مستثمر غير أردني أن يمتلك أو يساهم في كل المشاريع التنموية الكبيرة، وذات الأهمية الخاصة وبنسب أعلى مما ذكرناه أعلاه لغرض تشجيع الاستثمار في المملكة.

تجدر الإشارة إلى أن قانون الاستثمار الأردني المؤقت رقم (68) لسنة 2003م أعطى المستثمرين الأجانب كثيراً من الامتيازات، منها الإعفاء من الرسوم والضرائب⁽¹⁾. كما يحق له إخراج رأس ماله المستثمر في المملكة أي وقت شاء، كما له الحق بتحويل الأرباح الآتية من الاستثمار خارج المملكة⁽²⁾، ويحق للعاملين الفنيين غير الأردنيين في أي مشروع أن يحولوا رواتبهم وتعويضاتهم إلى خارج المملكة⁽³⁾، وهناك كثير من الامتيازات لا مجال للتطرق لها هنا.

ص308.

(1). المادة (3) من قانون الاستثمار المؤقت رقم (68) لسنة 2003م.

(2). المادة (18) من القانون أعلاه.

(3). المادة (19) من القانون أعلاه.

وبالنسبة لقانون الشركات الأردني رقم (22) لسنة 1997م فقد أجاز للشركات الأجنبية أن تمارس نشاطاتها في المملكة الأردنية الهاشمية، وقد عرفت المادة (240/أ) الشركة الأجنبية بأنها الشركة أو الهيئة المسجلة خارج المملكة، ويقع مركزها الرئيسي في دولة أخرى جنسيتها غير أردنية. وتقسم هذه الشركات، من حيث طبيعة عملها، إلى نوعين، وهما: شركات تعمل لمدة محدودة، وهي الشركات التي تحال عليها عطاءات لتنفيذ أعمالها في المملكة لمدة محدودة ينتهي تسجيلها بانتهاء تلك الأعمال، ما لم تحصل على عقود جديدة (م/240/1 شركات). وأيضاً، شركات تعمل بصفة دائمة في المملكة بترخيص من الجهات الرسمية المختصة (م/240/2 شركات). من كل ما تقدم يظهر أن للشركة الأجنبية الأم أن تكون لها شركات وليدة في الأردن.

أهداف الاندماج

يهدف الإندماج إلى تحقيق الأهداف التالية:

تنظيم الإنتاج وترشيده بتحقيق التكامل الأفقي وذلك باندماج شركتين أو أكثر متربطين بإنتاج معين ونشاط محدد لمرحلة واحدة من مراحل الإنتاج كاندماج شركتين لتربية المواشي وتصديرها، وقد يكون الاندماج لتحقيق التكامل الرأسي وذلك باندماج شركتين أو أكثر مرتبطين بإنتاج صناعة معينة في مراحل مختلفة مثل اندماج لزراعة السكر وأخري لصناعة أو شركة غزل القطن مع شركة النسيج، أو اندماج شركة صناعية مع شركة توزيع. الدفاع عن المشروع ضد احتكار مشروع آخر يمدّه بالمواد الأولية مثلاً بقصد وضع حد للمنافسة القائمة.

حماية المشروع من خطر الإفلاس والإنهيار في ظل التكتلات الإقتصادية والمنافسة القوية والعمل علي جلب رؤوس الأموال الضخمة والخبرة الفنية تحقيقاً لأرباح عالية. الحصول علي أسواق محلية ودولية لتسويق منتجاتها بعد الحصول علي قروض وإعتمادات بنكية بضمان رأس مالها أصولها بعد الدمج.

انضمام أي دولة لمنظمة التجارة العالمية يتطلب إصلاح المؤسسات الإقتصادية الحكومية والخاصة لتكون قادرة علي المنافسة مع المؤسسات المالية والشركات التي سوف تدخل لتعمل داخل الدولة بموجب الإتفاقية، في ظل هذه الإتفاقية لابد للشركات من ترتيب أوضاعها ومنها الإندماج لأنه بدون ترتيب أوضاعها سوف تعمل بمجازفة ومخاطرة الأمر الذي قد يؤدي إلي إفلاسها وإنهيارها.

علي الرغم من أن الإيجابيات الناتجة عن الإندماج إلا أن ذلك لا يخلو من مثالب في سياق التطبيق العملي خاصة إذا إفتقد دراسة الجدوي إلي الدقة وحسن النية أو إذا فشل القائمون علي امر الشركة القائمة بعد الدمج في تطبيق مشروع الدمج علي ارض الواقع، وهذا قد يؤدي إلي إنهيار الشركة وبالتالي تشريد العاملين وإحداث اضطراب في الاقتصاد الوطني، ونظر لهذه المثالب فإن

عملية الإندماج لا تتم إلا بعد استيفاء كافة المتطلبات أي إقتناع المساهمين والدائنين أولاً ثم إقتناع السلطات المختصة ثانياً: وإذا كان القانون السوداني لم ينص علي الدمج وإجراءاته كما في تشريعات بعض الدول إلا أن إدارة التسجيلات التجارية لا توافق علي الدمج إلا بطرق معينة تنطبق لها لاحقاً ، وتقديراً لهذا الأمر فإن عدة دول تفرض رقابة إدارية علي عملية الدمج علي نحو ما عليه العل في فرنسا حيث صدر قانون 19 يوليو 1977م بفرض الرقابة علي عمليات الإندماج المهمة والتي يكون لها أثر علي الإقتصاد القومي – وفي أوروبا أوصت السوق الأوروبية المشتركة بفرض رقابة علي تركيز المنشآت بما لا يضر بحرية المنافسة وذلك بعرض مشروعات علي لجنة متخصصة لهذا الغرض قبل المضي قدماً في الإندماج – علي أن المشرع المصري علي الرغم من تناوله مسألة الإندماج في المواد 130-135 من قانون الشركات إلا إنه اقتصر ذلك علي نوع من شركات المساهمة فحسب علي عكس تشريعات بعض الدول التي ذهبت إلي مرونة أكثر من ذلك بفتح الباب علي مصراعيه لكافة الشركات – جدير بالذكر أن وزير الصناعة الفرنسي قد اصدر في 1967/10/6م قراراً بإنشاء مكتب لعمليات الإندماج وإتحاد المنشآت التجارية .

لم يرد في التشريع الأردني تعريف للإندماج في الشركات التجارية شأنه شأن بعض القوانين الأخرى كالقانون السعودي والمصري، فنظام الشركات الأردني اقتصر على ذكر بعض أحكام الاندماج في المواد (252-253) ، تاركا تعريف الإندماج للفقهاء، ونورد فيما يلي أمثلة علي تعريف الفقه للإندماج.

الأهمية الاقتصادية للإندماج والشركات : صورته :

الأهمية الاقتصادية للإندماج:

مما لا شك فيه أن الشركات تلعب دوراً بارزاً في الإقتصاد القومي وفي تنمية الاستثمار والتجارة وبالتالي فإن الشركات في بعض الدول تساهم بصورة غير مباشرة بتوجيه السياسة العامة للدولة كما في الولايات المتحدة الأمريكية في ظل الانفتاح الإقتصادي العالمي وإنشاء منظمة التجارة العالمية (WTO) وظهور التكتلات الاقتصادية عالمياً ومحلياً حيث ظهرت منافسة كبيرة بين رجال الأعمال والمستثمرين وأصحاب الشركات للعمل في المجالات المهمة علي وجه الخصوص نقل التكنولوجيا ، والاتصالات ، التنقيب ، وغيرها كل هذه المعطيات أفرزت واقعاً لا يستطيع الاستمرار والبقاء فيه بدون رأس مال كبير وخبرة فنية وإدارة مدركة ، الأمر الذي لا يتوافر لدي كثير من المؤسسات الاقتصادية والشركات مما أدي إلي نمو وتطور وازدياد فكرة اندماج الشركات .

وإذا قلنا إن الاندماج يكثر بين الشركات ذات الطابع الحكومي التي تشرف عليها الدولة، وبالتالي تقرر الدولة بشأنها كيفما تشاء حلاً وتصفية ودمجاً لتنفيذ خطط وأهداف الدولة – إلا أن هذا الأمر يوجد بكثرة في إطار الشركات غير الحكومية (خاصة ومساهمة).

صور الاندماج :

نظراً لأهمية هذه الدراسة نبدأ بتحديد المقصود بالاندماج وماهيته وبيان أهميته الاقتصادية، وطبيعته القانونية ومجال تطبيقه وبقضي ذلك تعريف اندماج الشركات وتمييزه عما قد يختلط به أو يشبهه من نظم أخرى .

إندماج الشركات اصطلاح قانوني له معني متميز يدل علي قيام شركة تضم شركة أو عدة شركات أخرى إليها أو مزج شركتين أو أكثر وتكوين شركة جديدة⁽¹⁾، وهنالك من عرفه بأنه إتفاقية بمقتضاه تتحد شركتان قائمتان علي الأقل في شركة واحدة لها شخصية معنوية بعد إتخاذ إجراءات تأسيس جديدة⁽²⁾ . وأيضاً عرف بأنه فناء شركتين أو أكثر وقيام شركة جديدة تنتقل إليها الذمم المالية للشركات التي فئت⁽³⁾ .

للاندماج عدة صور تختلف باختلاف الزوايا التي ينظر إليه منها ، فيمكن أن يكون بالضم أو المزج وينقسم الاندماج بحسب غرض الشركة الداخلة فيه إلي اندماج أفقي واندماج رأسي، وبحسب جنسية الشركات الداخلة فيه إلي اندماج وطني واندماج دولي .

الاندماج بطريقة الضم:

من خلال ما سبق ذكره نجد أن هنالك شكلين من الاندماج هما : الاندماج بطريقة الضم والاندماج بطريقة المزج وسنحاول بإيجاز توضيح هذين الشكلين

الاندماج بطريقة الضم :

هو أن تندمج شركتين في شركة أخرى قائمة بحيث تنقضي الشركة المندمجة نهائياً وتظل الشركة الدامجة هي القائمة⁽⁴⁾ ويتمثل ذلك بزيادة رأس مال الأخيرة بحصة عينية تمثل أصول وخصوم الشركة المندمجة وتعد هذه الزيادة المتمثلة بالحصة العينية خاضعة لإجراءات الموافقة من قبل الجمعية العمومية للشركة الدامجة .

الاندماج بالمزج :

ويتم بمزج عدة شركات قائمة لتنشأ شركة جديدة بمجموع رأس مال الشركات المنضمة وفي هذه الصورة تنشأ شخصية معنوية جديدة تختلف تماماً عن شخصية كل شركة من الشركات المندمجة قبل الاندماج . ويرى جانب من الفقه أن الاندماج بمعناه الدقيق (يسفر عن قيام شركة علي أنقاض جميع الشركات القديمة التي انصهرت بفعل الاندماج، حيث يقوم الدمج بطريق

(1). حسام الدين عبد الغني ، النظام القانوني لاندماج الشركات ، دار الفكر الجامعي . د.ت.ص 35.

(2). أحمد محرز، إندماج الشركات من الواجهة القانونية ، دار الكتب القانونية ، ص 7.

(3). خالد العازمي، الآثار القانونية لإندماج الشركات علي حقوق الدائنين والشركاء ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ، 2004م ، ص 15.

(4). خلدون الحمدي . الآثار القانونية لاندماج الشركات، دار شتات، ص 45 .

المزج علي مبدأ حل شركتين أو أكثر تمهيداً لدمجها في شركة جديدة تقوم علي أنقاضها، وتنتقل إليها حقوق والتزامات الشركة المندمجة .

ويتم اتخاذ قرار المزج من قبل الجمعية العمومية العادية في كل من الشركتين ، ويجب أن تراعي القواعد القانونية المختصة بتأسيس الشركات⁽¹⁾.

ينقسم الاندماج بحسب الشركة الداخلة فيه إلي : أولاً : الاندماج الأفقي :

يتحقق هذا الاندماج غالباً مع الشركات التي تمارس نشاطاً متماثلاً ، وسواء كانت هذه الشركات تمارس نشاط الإنتاج أو التسويق أو أي عمل آخر .

فالمهم هنا تماثل النشاط. ففي هذه الحالة يهدف الاندماج إلي تنمية نشاط المشروع. فتتركز السيولة المالية للشركات المندمجة لتقديم خدمة واحدة ذات جودة عالية⁽²⁾.

ثانياً الاندماج الرأسي :

يقع بين الشركات التي تقوم علي أغراض متكاملة ، وذلك باندماج شركتين أو أكثر مرتبطتين بإنتاج صناعة معينة في مراحل مختلفة، مثل اندماج شركة لغزل القطن وشركة للنسيج وشركة للصبغة والتجهيز. والاندماج الرأسي يمكن أن يتحقق في حال تقديم أحد المشروعات المندمجة الخدمات التي تسهل عملية تسويق المنتجات والسلع التي تقوم الشركة الأخرى بإنتاجها ويستوي في هذه الحالة أن يكون الاندماج بالضم أو بالمزج⁽³⁾. ونجد أن قانون الشركات السوداني لسنة 1925م لم يتناول موضوع الإندماج بالصورة التي تناولها قانون الشركات لسنة 2015م ويعود ذلك إلي قدم هذا القانون وعدم تطوره ومواكبته للتطورات الاقتصادية الداخلية والعالمية وعلي الرغم من عدم تناول القانون السابق لموضوع الدمج وإجراءاته إلا إنه في نفس الوقت لم يحظره حيث أشار لمسألة الدمج في حالة واحدة فقط عند إرادة تحويل عقد التأسيس بشأن أغراض الشركة حيث أورد النص الآتي:

«مع مراعاة أحكام هذا القانون يجوز للشركة أن تحول بقرار خاص نصوص عقد التأسيس المتعلقة بأغراضها بالقدر اللازم لتمكينها والإندماج من أي شركة أخرى أو هيئة من الأشخاص»⁽⁴⁾.
علي أن يكون التحويل نافذ إلا إذا أبدته المحكمة بناءً علي طلب يقدم إليها⁽⁵⁾. ومن أمثلة الإندماج

(1).احمد محرز ، دمج الشركات من الواجهة القانونية ، دار النهضة العربية .

(2).أسامة أحمد شتات، الشركات المساهمة والتجارية، دار الكتب القانونية ، 2005م، ص 169.

(3).سامي محمد الخراشة ، النظام القانوني لشركات المساهمة الخاصة ، دار البشير ، عمان ، 2005م ، ص 42.

(4). قانون الشركات لسنة 1925م.

(5). خالد عثمان ، الشخصية الاعتبارية للشركة ماهيتها - آثارها - أسباب إنقضاها، رسالة ماجستير ، جامعة النيلين ، 2005م

التي تمت في ظلّه دمج شركة كوبرتريد المحدودة في شركة كردفان للتجارة والهندسة المحدودة ونسبة لأن الشركتين تتبعان لمؤسسة الشرطة الاقتصادية وتعملان في نشاط تجاري واحد ومقرهما عقارين متلاصقين وأصدر مجلس الإدارة المركزي لمؤسسة الشرطة الاقتصادية قراراً بدمج الشركتين، وأيضاً علي سبيل المثال شركة الفرات المحدودة في شركة بزيانوس للأغذية والمشروبات المحددة ويعود السبب الرئيسي في الدمج إلي ضعف رأس مال شركة الفرات لذلك قام حملة الأسهم في شركة بزيانوس بشراء أسهم شركة الفرات لرفع الطاقة الإنتاجية ورأسمال الشركة⁽¹⁾.

والهدف من الاندماج الرأسي هو تحقيق التكامل لشركتين أو أكثر متباينة الأغراض ومختلفة النشاط لكنها متكاملة مع بعضها البعض ويحقق التكامل الرأسي توفير في نفقات الإنتاج .

الاندماج المتنوع:

ويتم ذلك بين شركتين أو أكثر تعملان في أنشطة مختلفة ، غير مترابطة فيما بينها ، وهذا يعني اختلاف الخدمات التي تقدمها الشركات الجديدة وبالتالي زيادتها وتعددتها ما يكسب الشركات الجديدة مزايا تنافسية كبيرة⁽²⁾.

فمن أسباب الدمج⁽³⁾ حدة المنافسة نتيجة ثورة التكنولوجيا في مجال الاتصالات والمعلومات، وكذلك تحرير الأسواق المالية والنقدية من القيود التي تعيق حركة تدفق الأموال وإستثمارها عبر الحدود بالإضافة إلي تشابه الخدمات التي أصبحت تقدمها كل من المؤسسات والشركات ولا شك أن الاتجاه العالمي نحو الدمج يهدف إلي قيام كيانات قوية تستطيع المنافسة ليس علي الصعيد المحلي فحسب بل علي الصعيد الدولي أيضاً خاصة بعد إزالة القيود ، وفتح أسواق جديدة. مما سبق نجد أن أهمية الإندماج تنبع في الثورة الإقتصادية التي يشهدها العالم والمتمثلة في عالمية النشاط الإقتصادي الذي يقوم علي التبادل محولاً العالم أي قرية صغيرة مطياً المجال إلي النهوض بالإقتصاد .

إزاء هذه الفكرة الاقتصادية أصبح من الضروري أن تأخذ الشركات في البلاد العربية بأسلوب الدمج كأحد أهم وسائل التركيز الاقتصادي لمواجهة إنحياز الشركات . كل ذلك يسترعي انتباهنا لنقف علي دمج الشركات وخصوصاً علي أثار الدمج بالنسبة للمساهمين والدائنين وحملة السندات. وبناء علي ما سبق سنناقش الآثار القانونية لاندمج الشركات بالتركيز علي الناحية القانونية .

(1). إبراهيم محمد أحمد دريج ، الشركة - الشراكة ، ط4، 2012م ، ص 99.

(2). هاني دويدار . مرجع سابق ، ص 14 .

(3). رفعت السيد العريفي ، د. إسماعيل علي بسيوني ، الدمج واستحالفات الإستراتيجية بين الشركات في الدول العربية ،

المنظمة العربية للتنمية الإدارية القاهرة . 2005 ، ص 15 وما بعدها .

خصائص الاندماج

- لاندماج الشركات التجارية عدد من الخصائص تتمثل في الآتي:
- الاندماج عقد اتفاقي يتطلب وجود شركتين قائمتين أو أكثر ويقوم ممثلو الشركات المعنية بالاتفاق عليه ويضعون مشروع الإندماج ومن ثم يعرض علي الجمعية العامة غير العادية وموافقتهم يصبح عقداً ، وقد يتم بقرار عندما يقع بين شركات القطاع العام فيصدر القرار من الجهة المختصة التي تملك اتخاذها⁽¹⁾.
 - يوضح التعريف أن الاندماج إما بالضم الذي تذوب شركة أو أكثر قائمة قانوناً في شركة أخرى، أو تذوب شركتين أو أكثر قائمتين قانوناً لتظهر شركة جديدة بأصول وخصوم الشركات اندماجاً بالمزج .
 - يقتضي الاندماج الاتفاق بين الشركات الراغبة فيه ، وهو عقد يبرم بين الشركات لذا ينبغي مراعاة ما يستلزمه القانون من أوضاع أو إجراءات في سبيل إتمامه⁽²⁾.
 - يركز التعريف علي أهم عناصر الاندماج وهو الانتقال الشامل للذمة المالية للشركة أو الشركات المندمجة إلي الشركة الدامجة أو الجديدة بما تشمله من أصول .
 - ويشير التعريف إلي استمرار المشروع الاقتصادي للشركة أو الشركات المندمجة بالرغم من انقضاءها وزوال شخصيتها المعنوية، ويترتب علي ذلك حصول المساهمين أو الشركاء في الشركة المندمجة علي أسهم أو حصص في الشركة الدامجة ومن ثم يظلون متحفظين بصفتهم كمساهمين أو شركاء في الشركة الدامجة⁽³⁾ وتكون لهم نفس الصفة السابقة في الشركة الدامجة.
- سادساً:** يوضح التعريف الحل المبستر⁽⁴⁾ للشركة أو الشركات الداخلة في الاندماج، بحيث تنقضي الشخصيات المعنوية للشركات الممتزجة أو المنضمة أو المنضمة دون تصفية. ومن خلال الخصائص السابق ذكرها يمكن أن نصل إلي التعريف الآتي للإندماج.
- (هو عقد يبدأ مشروع الإندماج قبل المخولين قانوناً لشركات قائمة ، ويكون بشكلين: الضم حيث تندمج شركة أو أكثر بانتقال خصومها وأصولها لصالح الشركة الدامجة ، أو بتلاشي شركة أو أكثر والنتاج عنهما شركة جديدة بأصول وخصوم الشركات المندمجة وتسمى العملية بالمزج مع استمرار مشروع الشركة).

(1).علي البارودي ، مبادئ القانون التجاري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية .د.ت، ص 47.

(2).خلدون الحمدي ، الآثار القانونية القانونية لاندماج الشركات علي حقوق الدائنين، دار شتات للنشر،د.ت، ص 32.

(3).خالد عياد العازمي، الآثار القانونية لاندماج الشركات علي حقوق الدائنين والشركات ، رسالة دكتوراه ، القاهرة، 2004

، ص 29 .

(4).الحل المبستر لا يتبعه تصفية وقسمة إنما هو حل من نوع خاص .

ولا يعد اندماجاً بيع المصفي لموجودات الشركة بعد حلها إلي شركة أخرى ، لأن الأندماج يقتضي وجود شركتين قائمتين قانوناً علي الأقل وكذلك لا يسمي اندماجاً اتفاق شركتين علي العمل تحت إدارة مشتركة لأن الإندماج يقتضي حل الشركة المندمجة.⁽¹⁾

وقد عرف قانون الشركات السوداني لسنة (2015)م مشروع الاندماج بأنه :
(أي مشروع تتنازل بمقتضاه شركة أو أكثر من كل تعهداتها وأموالها والتزاماتها أي شركة أخرى موجودة أو تحت التأسيس).⁽²⁾

حقوق الدائنين ، في حال الإندماج لم تُعالج في قانون الشركات الفرنسي لسنة 1867، فعقد الاندماج في أغلب الأحوال كان يتضمن كيفية سداد ديون الشركات الراغبة في الاندماج حفاظاً علي حقوق دائني هذه الشركات⁽³⁾.

حيث لم تكن فكرة الانتقال الشامل للذمة المالية للشركات الداخلة في الاندماج واضحة، الأمر الذي دفع بعض الفقهاء إلى القول بأن الاندماج يتضمن تجديد للدين بتغيير المدين أو تحويل ديون ولم يكن الاندماج في نظرهم يؤدي إلى نقل الذمة المالية للشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة أو الجديدة لذا كان هدف الفقهاء حماية حقوق دائني الشركة المندمجة إذ لا يكون الاندماج نافذا بحق الدائنين إلا بإقرارهم له⁽⁴⁾.

قبل فناء الشركة المندمجة يكن الاتفاق على تصفية ديونها، وبعدها تنتقل موجوداتها صافية إلى الشركة الدامجة أو الجديدة مع بقاء - الشركة المندمجة- مسؤولة عن الإيفاء بالديون، وعلى المصفي إيفاء المستحق منها أما غير المستحق.

فيحتفظ المصفي بمبلغ من المال أو قسم من الأصول لتسديده، وفي حال عدم كفاية الأصول المخصصة للوفاء بديون الدائنين ، لهم حق الرجوع على الشركة المندمجة التي يجب أن تستمر شخصيتها المعنوية لتمكينهم من هذا الرجوع إلى إبطال الاندماج، أو تطبيق أحكام الدعوى البوليصية بعد نفاذ الاندماج بحقهم⁽⁵⁾.

(1). الياس تعيف ، الشركات التجارية ، الجزء الثاني ، منشورات البحر الأبيض ، بيروت 1982 ص 403.

(2). المادة (1/121) من قانون الشركات السوداني 2015م.

(3). حسام الدين عبد الغني الصغير ، مصدر سابق ، ص558.

(4). مهند الجبوري ، مصدر سابق ، ص156.

(5). ولئن كان الاندماج سبباً من الأسباب الإرادية لانقضاء الشركة إلا أنه لا يجوز أن يتسبب المدينيين بإرادتهم في إضعاف تأمينات دائني الشركة أو ضاعها بالجوء إلى الاندماج ، حتى لو كان هذا التصريف لا يجيز للدائنين حق المعارضة فيه

، د/أحمد محمد محرز ، مصدر سابق ، ص260 ، همش 70

د/حسني المصري ، مصدر سابق 2007 ، ص287.

د/حسام الدين عبد الغني الصغير ، مصدر سابق ، ص559.

قبل صدور القانون الفرنسي لسنة 1966 أتجه رأي، على أن القانون الفرنسي لا يعرف تحويل الدين لذا يجب اعتبار الاندماج تجديداً للدين (Novation) بتغيير المدين (changement de debiteur) وهو ما يقتضي موافقة دائني الشركة المندمجة على الاندماج بحيث يجوز لهم – في حالة رفضه- أن يرجعوا إلى الشركة المندمجة التي يجب أن تستمر شخصيتها المعنوية لتمكينهم من الحصول على ديونهم⁽¹⁾.

يفهم من ذلك أنه يجب أن يوافق الدائنون على مشروع الاندماج بعد عرضه عليهم حيث لا يجوز التجديد بتغيير المدين إلا بموافقة الدائن⁽²⁾. ويرى الفقيه (Houin) أن الاندماج يعتبر إنتقالاً شاملاً للذمة المالية (transmission universelle du patrimoine) للشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة وإذا كان الاندماج يؤدي إلى المساس بضمان الدائنين عندما تكون الشركة الدامجة مستغرقة في الديون تسقط آجال ديون الشركة المندمجة⁽³⁾.

تعليق أتمام عملية الاندماج على موافقة الدائنين لاشك يمثل عبقة من الناحيتين القانونية، بدليل إجماعهم في الغالب عن إبداء رفضهم للاندماج⁽⁴⁾. كما أشرنا أن الشركة المندمجة مسئولة عن ديونها ولو تم الاتفاق على تصفية ديونها قبل انقضائها وانتقال موجوداتها صافية إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، حيث يقوم المصفي بتسديد المحال منها وأن يحتفظ بجانب من الاصول تكفي لوفاء غيرة الحال، وبدون موافقة الدائن لا يمكن إجراء أي تعديل على الديون، خاصة هناك بعض الديون تتمتع ببعض الضمانات مميزة تتميز بها « مثل ضمانات الرهون العقارية» حيث إن هذه الديون تنتقل بضماناتها المميزة إلى الشركة الدامجة، بمعنى أن الضامنون للشركة المندمجة لهذا الدين، ضامنون له مع الشركة الدامجة أو الجديدة بحسب الأحوال⁽⁵⁾.

(1). Voir: \rault (J), pour la creation commercial de type europeen revue R.T.D.COM' 1960.p.774

(2). حسني المصري، مصدر سابق 2007، ص 287.

(3). -cass.civ.1 er ch 7 Mars 1972 . J.C.P' 1972 ed G.II.

voir:-cass.civ.1 er ch 7 Mars 1972 . J.C.P' 1972.-cass.civ.1 er

voir:-cass.civ.1 er ch 7 Mars 1972 . J.C.P' 1972 ed

كذلك .

تعليق Houin على حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 25 يونيو 1961 – المجلة الفصلية للقانون التجاري

1961 – صفحة 877-878، مشار إليه لدى أحمد محمد محرز، مصدر سابق، ص 261.

(4) د/حسني المصري، مصدر سابق 2007، ص 287.

(5) د/حسني المصري، مصدر سابق 2007، ص 288.

وتعدُّ الشركة الدامجة مدينة بديون دائني الشركة المندمجة وكنتيجة للاندماج فإن الدائنين مرتبطون بالشركة الدامجة من دون أي تعديل خاصة الوفاء بالديون أو الضمانات. ولا يمكن الاحتجاج بالاندماج في مواجهة الدائنين في حال عدم كفاية الموجودات المخصصة لسداد ديونهم ويمكن للدائنين تطبيق أحكام البوليصة بعدم نفاذ الاندماج فغني حقهم وإبطال الاندماج⁽¹⁾. ولا يمكن الإحتجاج بالاندماج في مواجهة الدائنين في حال عدم كفاية الموجودات المخصصة لسداد ديونهم ويمكن للدائنين تطبيق أحكام الدعوى البوليصة بعدم نفاذ الاندماج في حقهم وإبطال الاندماج⁽²⁾.

تجدر الإشارة إلى أنه في ظل القانون الفرنسي القديم 1867 لجأ القضاء إلى الالتجاء بفكرة عدم الاحتجاج بالاندماج، كوسيلة لحماية الدائنين إذا أصابهم ضرر بسبب الاندماج تطبيقاً لأحكام الدعوى البوليصة. وفي أحد أحكام محكمة النقض الفرنسية الصادرة بجلسة 10 يونيو 10 يونيو سنة 1963 حيث تتلخص وقائع هذه القضية «في أن بنك (Alexandre de saint-Phall et cie) رفع دعواه أمام محكمة أول درجة بصحيفة انتهى فيها إلى طلب الحكم بعدم نفاذ الاندماج الذي حدث بين شركة (Titissu Caoutchoute) وشركة (La Societe immobiliere dy Pressein) وقال شارحاً للدعوى أن له دين في ذمة الشركة الأولى بمبلغ 14253883 فرنك بضمان الشركة الثانية التي كفلت الشركة الأولى، وقد تعرضت الشركة المدينة للإفلاس ولدى رجوع البنك إلى الشركة الكفيلة لمطالبتها بالدين المكفول، تبين أن هذه الشركة قد اندمجت في الشركة المدينة ولم يعد لها وجود بعد انتقال كافة موجوداتها إلى الشركة الدامجة الأمر الذي عرض البنك للدخول في التفليسة وإذا ترتب على الاندماج الأضرار بالبنك لانقضاء الشركة الكفيلة «المندمجة» وزوال الضمان الذي عول عليه البنك فقد انتهى البنك في صحيفة الدعوى إلى طلب عدم نفاذ الاندماج في حقه حتى يمكنه الرجوع إلى أموال الشركة المندمجة بصفتها كفيلة للدين دون مزاحمة باقي دائنيها. حيث أن المحكمة أخذت بوجهة نظر البنك وقضت بتطبيق أحكام الدعوى البوليصة بعد نفاذ الاندماج في حقه بمعنى أن الاندماج لايسري بحق البنك الدائن وأن موجودات الشركة المندمجة - تبعاً لذلك- لم تخرج من الضمان العام للبنك فيمكنه التنفيذ دون مزاحمة باقي دائني الشركة الدامجة «المدين الأصلي» وذهبت الاتجاهات الفقهية إلى أن حق الطعن في عدم نفاذ التصرف لا يقتصر على دائني الشركة المندمجة بل يحق لدائني الشركة الدامجة أيضاً الطعن بالاندماج وفق أحكام البوليصة إذا ما تعرضوا لمخاطر بسبب تعسر الشركة المندمجة واشترك دائنيها في التنفيذ على أصول الشركة الدامجة.

(1) خالد حمد عايد العارمي، مصدر سابق، ص366.

(2) د/حسام الدين عبد الغني الصغير، مصدر سابق، ص559.

يلاحظ أن مسؤولية الشركة الدامجة أو الجديدة عن كافة خصوم الشركة المندمجة دون قيد أو شرط كان محل شك قبل صدور قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966 بسبب عدم وضوح فكرة الانتقال الشامل للذمة المالية للشركات المندمجة ومن خلال استعراض أحكام محكمة النقض المتواترة نجدها أنها طبقته منذ زمن بعيد بحيث قررت مسؤولية الشركة الدامجة أو الجديدة عن ديون الشركة الدامجة أو الجديدة عن كافة التزامات الشركة المندمجة وهذا ما أكدته.

أثر الاندماج على حقوق الدائنين من غير حملة السندات في القانون المقارن:

كما أسلفنا تنقضي الشركة المندمجة وتنتقل موجوداتها - التي تمثل الضمان العام لدائنيها - إلى الشركة الدامجة أو الجديدة ، التي تضمن سداد الديون المترتبة بذمة الشركة المندمجة . وهذا مفاده تعرض حقوق الدائنين إلى مخاطر عندما يكون المركز المالي للشركة الدامجة أو الجديدة معسراً ، إضافة إلى أن دائني الشركة الدامجة سوف يختل ضمانهم بسبب مزاحمة دائني الشركة المندمجة لهم في أصول الشركة الدامجة أو الجديدة بحسب الأحوال⁽¹⁾.

حي تتحول الشركة الدامجة أو الجديدة إلى مدينة تجاه الدائنين العاديين (-Non obligataires) بدون أن يكون الحلول تجديداً للدين (Novation)⁽²⁾ . ويؤثر الاندماج تأثيراً بالغاً على حقوق دائني الشركة المندمجة ، حيث تنتهي شخصيتها المعنوية وتحل محلها الشركة الدامجة أو الجديدة في تسديد الديون ، وهكذا الأمر فقد تكون الشركة المندمجة معسرة فيؤدي ذلك إلى ضعف الضمان العام لدائني الشركة الدامجة ، لمزاحمة دائني الشركة المندمجة في ضمانهم ، وعلى النقيض من ذلك فقد تكون الشركة المندمجة موسرة عندها يكون للاندماج جانبه الإيجابي ، لدائني الشركة الدامجة أو الناجمة عن الاندماج وذلك بزيادة ضمانهم العام في أصول الشركة الدامجة أو الناتجة من الاندماج في الوقت الذي يكون سلبياً على حقوق دائني الشركة المندمجة . ولقد عالج المشرع الفرنسي بقانون الشركات لسنة 1966 وقانون الشركات الانجليزية لسنة 1985 حقوق الدائنين في حالة الاندماج وسار على هدية قانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981م تأثير الاندماج على المراكز القانونية للدائنين العاديين من غير حملة السندات. ويختلف موقف التشريعات بخصوص أثر الاندماج على حقوق الدائنين العاديين .

لذلك سنتناول في هذا المبحث موقف التشريعات موضوع الدراسة من مسألة تنزيم حقوق الدائنين في اربعة مطالب على النحو التالي:

الأول: أثر الاندماج على حقوق الدائنين من غير حملة السندات في القانون الفرنسي.

الثاني: أثر الاندماج على حقوق الدائنين من غير حملة السندات في القانون الانجليزي.

(1). حسني المصري ، مصدر سابق ، 2007 ، ص 286-287.

(2). عبد العزيز أحمد عبد العزيز الهيب ، مصدر سابق ، ص 141.

الثالث: أثر الاندماج على حقوق الدائنين من غير حملة السندات في القانون المصري.

أثر الاندماج على حقوق الدائنين من غير حملة السندات في القانون الفرنسي

حقوق الدائنين من غير حملة السندات حددتها المادة 14-236 من مدونة التجارة الفرنسية⁽¹⁾، ومن الأحكام التي قررها القضاء الفرنسي أن دائن الشركة الدامجة أو المندمجة يمكنه التنفيذ على اموال الشركة إذا كان دينه حال الأداء، أما إذا كان غير ذلك فلا يسقط الأجل بالاندماج⁽²⁾ وحقوق الدائنين في حال الاندماج لم تعالج في قانون الشركات الفرنسي لسنة 1867، فعقد الاندماج في أغلب الأحوال كان يتضمن كيفية سداد ديون الشركات الراغبة في الاندماج حفاظاً على حقوق دائني الشركة⁽³⁾.

حيث لم تكن فكرة الانتقال الشامل للذمة المالية للشركات الداخلة في الاندماج واضحة، الأمر الذي دفع بعض الفقهاء إلى القول بأن الاندماج يتضمن تجديداً للدين بتغيير المدين أو تحويل ديون ولم يكن الاندماج في نظرهم يؤدي إلى نقل الذمة المالية للشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة أو الجديدة لذا كان هدف الفقهاء حماية حقوق دائني الشركة المندمجة إذ لا يكون الاندماج نافذاً بحق الدائنين إلا بإقرارهم له⁽⁴⁾.

قبل فناء الشركة المندمجة يمكن الاتفاق على تصفية ديونها، وبعدها تنتقل موجوداتها صافية إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، مع بقاء الشركة المندمجة - مسؤولة عن الإيفاء بالديون، وعلى المصفي إيفاء المستحق منها أما غير المستحق فيحتفظ المصفي بمبلغ من المال أو قسم من الأصول لتسديده، وفي حال عدم كفاية الأصول المخصصة للوفاء بديون الدائنين، لهم حق الرجوع على الشركة المندمجة التي يجب أن تستمر شخصيتها المعنوية لتمكينهم من هذا الرجوع في إبطال الاندماج، أو تطبيق أحكام الدعوى البوليصة بعدم نفاذ الاندماج بحقهم⁽⁵⁾.

5 . **Martial Chadeaux, les fusions de societees regime juridique et fiscal** . 1eme edition Paris 2005.p108

(2). خالد محمد عايد العازمي، مصدر سابق، ص 365. من أحكام القضاء الفرنسي - راجع:

Cass.7 dec.1966.D.1967.p113, note Dalsace. مشار إليه لدى نفس المصدر.

(3)..حسام عبد الغني الصغير، مصدر سابق، ص 558.

(4).مهند الجبوري، مصدر سابق، ص 156.

(5).ولئن كان الاندماج سبباً من الأسباب الارادية لانقضاء الشركة إلا أنه لا يجوز أن يتسبب المدينين بارادتهم في إضعاف

تأمينات دائني الشركة أو ضاعها باللجوء إلى الاندماج، حتى لو كان هذا التصرف لا يجيز للدائنين حق المعارضة فيه،.

د. أحمد محمد محرز، مصدر سابق، ص 360، هامش 70

د. حسني المصري، مصدر سابق 2007، ص 287.

د. حسام الدين عبد الغني الصغير، مصدر سابق، ص 559.

قبل صدور القانون الفرنسي لسنة 1966 اتجه راي ، على أن القانون الفرنسي لا يعرف تحويل الدين لذا يجب اعتبار الاندماج تجديداً للدين بتغيير المدين وهو ما يقتضي موافقة دائني الشركة المندمجة على الاندماج بحيث يجوز لهم - في حالة رفضه - أن يرجعوا إلى الشركة المندمجة التي يجب أن تستمر شخصيتها المعنوية لتمكينهم من الحصول على ديونهم⁽¹⁾.

يُفهم من ذلك أنه يجب أن يوافق الدائنون على مشروع الاندماج بعد عرضه عليهم حيث لا يجوز التجديد بتغيير المدين إلا بموافقة الدائن⁽²⁾. ويرى الفقيه (Houin) أن الاندماج يعتبر انتقالاً شاملاً للذمة المالية للشركة الدامجة وإذا كان الاندماج يؤدي إلى المساس بضمان الدائنين عندما تكون الشركة الدامجة مستغرقة في الديون تسقط آجال ديون الشركة المندمجة⁽³⁾. تعليق اتمام عملية الاندماج على موافقة الدائنين لاشك يمثل عقبة من الناحية القانونية ، بدليل احجامهم في الغالب عن إبداء رفضهم للاندماج⁽⁴⁾.

كما أشرنا أن الشركة المندمجة مسؤولة عن ديونها ولو تم الاتفاق على تصفية ديونها قبل انقضاءها وانتقال موجوداتها صافية إلى الشركة الدامجة أو الجديدة ، حيث يقوم المصفي بتسديد المحال منها وأن يحتفظ بجانب من الأصول تكفي لوفاء غيره الحال ، وبدون موافقة الدائن لا يمكن إجراء أي تعديل على الديون ، خاصة هناك بعض الديون تتمتع ببعض الضمانات مميزة تتميز بها «مثل ضمانات الرهون العقارية» حيث إن هذه الديون تنتقل بضماناتها المميزة إلى الشركة الدامجة ، بمعنى أن الضامنون للشركة المندمجة لهذا الدين ، ضامنون له مع الشركة الدامجة أو الجديدة بحسب الأحوال⁽⁵⁾. وتعد الشركة الدامجة مدينة بديون دائني الشركة المندمجة وكتيجة للاندماج فإن الدائنين مرتبطون بالشركة الدامجة من دون أي تعديل خاصة الوفاء بالديون أو الضمانات. ولا يمكن الاحتجاج بالاندماج في مواجهة الدائنين في حال عدم كفاية الموجودات المخصصة لسداد ديونهم ويمكن للدائنين تطبيق أحكام الدعوى البوليصة بعدم نفاذ الاندماج في حقهم وإبطال الاندماج⁽⁶⁾.

(1) Voir: Rault (J), pour la creation commercial de type europeen revue 'R.T.D.COM' 1960, p. 774.

(2) د.حسني المصري ، مصدر سابق 2007 ص 287.

(3). Voir: -Cass.civ. 1 er ch 7 Mars 1972 J.C.P 1972 ed G.II. n 17270-Cass.civ. 1 er ch 25 avril 1974 J.C.P 1974 ed , n 3829

-Cass. Civ 2 eme ch, 1 er Mai 1977 J.C.P 1977 ed G, IV, p167

-Cass, civ,2 eme ch , 12 juillet 2001, Bull. Civ, n 237

(4). حسني المصري ، مصدر سابق ، 2007 ، ص 288.

(5). خالد حمد عايد العازمي ، مصدر سابق ، ص 366.

(6). د.حسام ادين عبد الغني الصغير ، مصدر سابق ، ص 59.

تجدر الإشارة إلى أنه في ظل القانون الفرنسي القديم 1867 لجأ القضاء إلى الالتجاء بفكرة عدم الاحتجاج بالاندماج ، كوسيلة لحماية الدائنين إذا أصابهم ضرر بسبب الاندماج تطبيقاً لاحكام الدعوى البوليصية. وفي أحد أحكام محكمة النقض الفرنسية الصادرة بجلسة 10 يونيو سنة 1963 حيث تلخص وقائع هذه القضية «في أن بنك "Alexandre de saint – Phall et cie" دعواه أمام محكمة أول درجة بصحيفة انتهى فيها إلى طلب الحكم بعدم نفاذ الاندماج الذي حدث بين شركة Titissu Caoutchoute وشركة La Societe immobiliere du pressein وقال شارحاً للدعوى أن له دين في ذمة الشركة الأولى بمبلغ 38831425 فرنك بضمان الشركة الثانية التي كفلت الشركة الأولى ، وقد تعرضت الشركة المدينة للافلاس ولدى رجوع البنك الى الشركة المدينة ولم يعد لها وجود بعد انتقال كافة موجوداتها إلى الشركة الدامجة الأمر الذي عرض البنك للدهـ=خول في التفليس وإذا ترتب على الاندماج الأضرار بالبنك لانقضاء الشركة الكفيلة «المندمجة» وزوال الضمان الذي عول عليه البنك فقد انتهى في صحيفة الدعوى إلى طلب عدم نفاذ الاندماج في حقه حتى يمكن الرجوع إلى أموال الشركة المندمجة بصفتها كقيلة للدين دون مزاحمة باقي دائنيها ، حيث إن المحكمة أخذت بوجهة نظر البنك وقضت بتطبيق أحكام الدعوى البوليصية بعدم نفاذ الاندماج في حقه بمعنى أن الاندماج لا يسري بحق البنك الدائن وان موجودات الشركة المندمجة –تبعاً لذلك – لم تخرج من الضمان العام للبنك فيمكنه التنفيذ دون مزاحمة باقي دائني الشركة الدامجة «المدين الأصلي»⁽¹⁾ وذهبت الاتجاهات الفقهية إلى أن حق الطعن في عدم نفاذ التصرف لا يقتصر على دائني الشركة المندمجة بل يحق لدائني الشركة الدامجة ايضاً الطعن بالاندماج وفق أحكام الدعوى البوليصية إذا ما تعرضوا لمخاطر بسبب تعسر الشركة المندمجة واشترك دائنيها في التنفيذ على أصول الشركة الدامجة.

يلاحظ أن مسؤولية الشركة الدامجة أو الجديدة عن كافة خصوم الشركة المندمجة دون قيد أو شرط كان محل شك من قبل صدور قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966 بسبب عدم وضوح فكرة الانتقال الشامل للذمة المالية للشركات المندمجة ، ومن خلال استعراض أحكام محكمة النقض المتواترة نجدها أنها طبقته منذ زمن بعيد بحيث فرزت مسؤولية الشركة الدامجة أو الجديدة عن ديون الشركة الدامجة أو الجديدة عن كافة التزامات الشركة المندمجة وهذا ما أكدته الحكم الذي أصدرته المحكمة بجلسة 28 يوليو سنة 1865 ، متضمناً مسؤولية الشركة الدامجة أو الجديدة عن ديون الشركة المندمجة ، وطبقاً لقرارها ، فإن إغفال الشركة المندمجة لجزء من ديونها وقت إجراء الاندماج لا يعفيها من تسديه لمستحقيه⁽²⁾.

.. (Claude Lombois) في تعليق على حكم النقض الفرنسي الصادر في 10 يونيو سنة 1963 منشور في دالوز سنة

1968 ص116 ، مشار إليه في نفس المصدر.

(1). حسام الدين عبد الغني الصغير ، مصدر سابق ، ص559-560.

(2) من الاحكام التي ذهبت لتطبيق هذا المبدأ . Paris , 24 juin 1884 j Sic 1885, 719

وفي حكم آخر لمحكمة النقض بجلسة 18 يولييه 1865 أخذت اتجاهاً آخر في معالجته لقضية «تتعلق بالاندماج بتأسيس شركة جديدة إلى أن الشركة الناتجة عن الاندماج وجودها مستقل وشخصيتها الاعتبارية منيئة الصلة بالشركات الداخلة في الاندماج ومن ثم فإنها لا تتحمل التزامات الشركات المندمجة السابقة على الاندماج ما لم يشترط ذلك في عقد الاندماج ويلزم في هذه الحالة إشهار هذا الشرط» وبعض أحكام القضاء سايرت هذا الاتجاه⁽¹⁾، غير أن الوضع قد تغير بعد صدور التشريعات اللاحقة حيث قررت صراحة حلول الشركة الدامجة أو الجديدة محل الشركة المندمجة فيما لها وما عليها من حقوق والتزامات بحيث تنتقل حقوق الشركات المندمجة كذلك ديونها مع الضمانات التي تكفل الوفاء بها إلى الشركة الدامجة أو الجديدة⁽²⁾، ذلك فقد حسم الأمر قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966⁽³⁾ بعد أن ظل التردد في القضاء والفقهاء قائماً بشأن مسؤولية الشركة الدامجة عن ديون الشركة المندمجة حيث أوجب نفس القانون اعتبار الشركة الدامجة أو الجديدة مدينة لدائني الشركة المندمجة من غير حملة السندات من دون أن يكون هذا الحل تجديداً لديونهم بمقتضى نص الفقرة أولاً من المادة 381 من قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966 والمضافة بمقتضى القانون 88/17 الصادر في 5 يناير 1988⁽⁴⁾، ورغم عدم صراحة المادة في تحمل الشركة الدامجة أو الجديدة عبء الديون المستحقة إلا أنها تنتقل بقوة القانون إلى الشركة الدامجة ولا يترتب على هذا النقل لعبء الديون أي تغير سوى أن يكون مدين للشركة الدامجة بدل الشركة المندمجة وذلك يرجع إلى فناء الشركة المندمجة وانتقال الذمة المالية بكل خصومها من

حسام الدين عبد الغني الصغير ، مصدر سابق ، ص 560.

(1). حاسم الدين عبد الغني الصغير ، مصدر سابق ، ص 560، .:

Cass, reg. 18 juill. 1865 D. 1866, P 188

Yvonne Cheminade, la nature juridique de la fusion des societees anonyms, (2)

Revue R.T.D.COM 1970 n 15, p30

(3). المواد 380 ، 381 ، 388 ، 389 من قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966.

(4). نصت المادة 381 فقرة الاولى من قانون الشركات الفرنسي الجديد لسنة 1966 والمضافة بمقتضى القانون 88/17 الصادر في 5 يناير 1988.

**Le projet de fusion n'est pas soumis aux assemblees d'obligataires de la
societe absorbante, Toutefois , l'assemblee generale ordinaire des obiga-
taires peut donner mandate aux representants de la masse de former op-
position a la fusion dans les conditions et sous les effets prevus a l'article
'381, alineas 2 et suivants**

.Voir le site: [http:// www. Legifrance. Gouv. Fr/affichetexte](http://www.Legifrance.Gouv.Fr/affichetexte)

ديون وأصولها من حقوق إلى الشركة الدامجة أو الجديدة⁽¹⁾.

ووفقاً بنفس المادة 381 من القانون يجوز لدائني الشركات الداخلة في عملية الاندماج الاعتراض امام المحكمة التجارية المختصة على مشروع الاندماج فأوجب أن يتم تقديمه خلال الثلاثين يوماً لآخر إجراء من إجراءات شهر مشروع الاندماج⁽²⁾.

وعلى المحكمة أن تبحث الضرر الذي قد يترتب عن الاندماج وزوال الشخصية المعنوية للشركة المندمجة من إضعاف صمانهم أو عدمه فإذا وجدت فيه انقاصاً من ضمانهم العام قررت الوفاء الفوري لديونهم أو تقرير ضمانات كافية للوفاء بهذه الديون من قبل الشركة الدامجة ، الأصل يسقط أجل الديون باضعاف التأمينات للديون وبالتالي لا يجوز الاحتجاج بتقديم ضمانات كافية للوفاء بها ، ويحق لهم التنفيذ على أصول الشركة المندمجة في حال عدم الاستجابة لهذا الأمر بالرغم من انتقالها إلى الشركة الدامجة دون مزاحمة دائني الشركة الدامجة لحقهم الخالص في أصول ولذلك تصبح الشركة الدامجة مدينة بقوة القانون بالحقوق وبنفي شروطها السابقة لدائني الشركة المندمجة ، وفي حال رفض المحكمة لاعتراض الدائنين ، يمكن في الحالة هذه الاحتجاج بالاندماج قبل الدائنين ، أيضاً يحتج به قبل الدائنين التي نشأت حقوقهم بعد إشهار مشروع الاندماج⁽³⁾. يلاحظ أن القانون الفرنسي لعام 1966م لم يغفل الأضرار التي يمكن أن تترتب على دائني الشركة المندمجة المعسرة حيث تزداد خصوصاً على أصولها واعطي الحق للدائنين في طلب سقوط الأجل⁽⁴⁾.

لاحظ بعض الفقه أن في حكم المادة 1/381 حماية لدائني الشركة المندمجة وذلك لاستبعاد فكرة التجديد من قبل المشروع بمعنى عدم تعديل الحق الذي تلتزم به الشركة المندمجة من حيث الضمانات وطريقة الوفاء والفوائد المتفق عليها ، وبالتالي تنتقل هذه الديون دون تعديل وبما كانت تكفل الوفاء بها ، هذه الفكرة لا يمكن تحقيقها فيما لو طبقت فكرة تجديد الالتزام بتغير المدين ، الأمر الذي يؤدي التجديد معه زوال الضمانات التي كانت تكفل الالتزام المتفق

(1). خالد حمد عايد العازمي ، مصدر سابق ، ص 366.

(2). الفقرة الثانية والثالثة من المادة 381 من قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966 والمادة 261 من مرسوم 23 مارس 1967 ، مشار إليها لدى د. حسني المصري مصدر سابق ، ص 289.

تتلخص اجراءات مشروع الاندماج في القانون الفرنسي حيث بموجب المادة 1/374 من قانون الشركات الفرنسي يودع مشروع الاندماج بقلم كتاب المحكمة التجارية المختصة الكائن بدائرتها مركز الشركة وبمقتضى المادة 255 من المرسوم رقم 67-236 الصادر في 23 مارس سنة 1967 يعلن عن الاندماج بالصحف المعتمدة لتلقي الاعلانات القانونية ، وبموجب المادة 255 من المرسوم المشار اليه تعلن مشروع الاندماج بنشرة الاعلانات الوجوبية.

(3). للمزيد . د. حسني المصري ، مصدر سابق ، ص 390 وما بعدها.

(4). حسني المصري ، مصدر سابق ، 2007 ، ص 289.

عليه قبل الالتزام⁽¹⁾.

بذلك لا يجوز بدون موافقة المدين إدخال أي تعديل على الديون ، كذلك الديون تنتقل كما هي قبل الاندماج ، فإذا كان هناك دين يتمتع بضمانة معينة متميزة مثل - ضمانات الرهون العقارية - فالدين والحالة هذه ينتقل مثقلاً بهذه الميزة ، أي الضامنون لدين الشركة المندمجة يضمون أيضاً نفس الدين عند انتقاله الى الشركة الدامجة أو الجديدة⁽²⁾.

أما في مجال الكفالة فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بأن الاندماج يترتب عليه انشاء شركات جديدة ومن ثم تنهي الكفالات مستقبلاً وفي حكم آخر بأن الكفالة تتوقف عن أحداث أي أثر وتنتهي - في حالة الاندماج- حيث أنها لم تكن تضمن ديون الشركة الدامجة لان الاندماج يترتب عليه فناء وحل مبتسر للشركة المندمجة⁽³⁾، وكما أشرنا سابقاً إلى أن عقد الاندماج يتضمن ما على الشركة المندمجة من ديون ، إلا أن هذا لا يعفيها من تسديد جميع الالتزامات المستحقة لدائني الشركة المندمجة بما فيها التي لم تدرج في قائمة الديون المدرجة بعقد الاندماج.

إلا أن المحكمة غيرت مسلكها بهذا الخصوص حيث ميزت بين الالتزام بالسداد وكفالة الالتزام بالغطاء ويتعلق التزام السداد بديون المدين التي استحققت بالفعل ، الديون الحالية وستتحمل الكفالة عبء السداد في حالة عدم تنفيذ المدين للسداد ، معنى ذلك أنها لا تتأثر بالاندماج ، على عكس الحالة التي تطبق فيها على الديون التي لم تنشأ بعد أو التي لم يحل أجلها ، فهي تنقضي بالاندماج ولا يصبح لها وجود في المستقبل⁽⁴⁾ ، أما التزام الغطاء فيطبق على الديون التي لم يحن استحقاقها وبالتالي تنقضي بالاندماج ولا يوجد له في المستقبل وبالنتيجة فإن كفالة التزام الغطاء لم تضمن ديون الشركة الدامجة بالرغم من الانتقال العام والشامل لاصول وخصوم الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة أو الجديدة⁽⁵⁾.

وتجدر الإشارة إلى ، ما يخص العقوبات المحكوم بها على الشركة المندمجة فإن عقوبة أداء

(1). المادة 1279 ومايليها من القانون المدني الفرنسي.

(2). حمد محمد محرز ، مصدر سابق ، ص 261.

(3). Voir: vour de cass 2004, bull civ n 214, revue recueil Dalloz 2004 p 276.

راجع: ، خالد حمد العازمي ، مصدر سابق ، ص 367.

(4). Voir: les effets du fusion, revue Recueil Dalloz 25 Janvier 2007, n 4/7177 .

p 275 et276

(5). Merle (ph.): Droit Commercial, Sicietes Commerciales , 5 eme ed, Dalloz .

.1996, p752

، خالد حمد عايد العازمي ، هامش 1 ص 368.

لغرامات المفروضة عليها لا تنتقل إلى الشركة الدامجة وهي غير مسؤولة عن ديونها المدنية⁽¹⁾. وتطبق الأحكام المتقدمة على جميع دائني الشركة المندمجة ، سواء كانوا ممتازين أو عاديين أو دائني المحل التجاري الذي انتقل إلى الشركة الدامجة أو الجديدة ضمن أصول الشركة المندمجة والدائنين باجرة العقارات التي أستأجرتها الشركة المندمجة مع مراعاة الاتفاقيات المبرمة بين الشركة والدائنين كطلب التسديد الفوري عند اندماج الشركة بأخرى أو مع أخرى. وإذا قُدرت المحكمة كفاية الضمانات التي قدمتها الشركة المندمجة لدائنيها جاز للمحكمة أن تامر بتعجيل الوفاء بالدين ، في الوقت الذي لا يحق للمحكمة أن تلزم الشركة المندمجة بتقديم ضمانات إضافية خلافاً لما قدمته للمحكمة أن تلزم الشركة المندمجة بتقديم ضمانات إضافية خلافاً لما قدمته إذا قدرت عدم كفايتها ، ولا يكون أمام المحكمة إلا تعجيل الوفاء بالديون المقدمة اعتراضات بخصوصها⁽²⁾.

من الملاحظ ان صريح نص المادة 2/381 من قانون الشركات الفرنسي يشير إن الشركة الدامجة هي التي تقدم الضمانات ، ولكن الأمر يصعب عند الاندماج بتأسيس شركة جديدة ولا يمكن ادخال الاخيرة في الخصومة وقيامها بعرض ضمانات للدائنين ذلك لم تثبت شخصيتها المعنوية بعد ، كونها في مرحلة التأسيس ، واختلف الفقه الفرنسي في تفسير نص المادة 2/381 من قانون الشركات الفرنسي التي أوجبت تقديم الضمانات من قبل الشركة الدامجة دون أن تتناول كيفية تقديم هذه الضمانات عند تأسيس شركة جديدة بالاندماج بعض الفقهاء يرى أن نص المادة سالفه الذكر ينطبق في حال الاندماج بالضم ، أما في حال الاندماج بالمزج أي بتأسيس شركة جديدة فلا يكون امام المحكمة إلا تعجيل الوفاء بالديون المعترض بشأنها إذا رأّت جدية الاعتراضات لمقدمة لها ، لعدم اكتمال شخصيتها المعنوية كي تدخل في الخصومة ، لا يمكنها تقديم ضمانات للدائنين ، ويرى الأستاذان **Temard , Terre Mabilat** أنه يمكن أن تلتزم الشركات المندمجة بانشاء ضمانات للدائنين امام المحكمة المختصة بحيث تلتزم الشركة الجديدة الناتجة عن الاندماج بتقديم هذه الضمانات للدائنين وتنفيذ ما قررت به المحكمة لأنها تحل محل الشركات المندمجة في مالها وماعليها ، إلا أن الرأي يتعارض تماماً مع نص المادة 2/381 من قانون الشركات الفرنسي الذي يشير إلى أن تقدم الضمانات من قبل الشركة الدامجة وليس الشركات المندمجة⁽³⁾.

والمادة 2/381 من قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966 قد تناولت حقوق الدائنين آخذاً في الاعتبار الأضرار لتي تلحق بدائني الشركة الدامجة عندما تكون الشركة المندمجة معسرة ، حيث يحق بدائني الشركة الدامجة عندما تكون الشركة المندمجة معسرة ، حيث يحق لدائني الشركات

(1) **Les effect de fusion. www.google.com**

(2). حسام الدين عبد الغني الصغير ، مصدر سابق ، ص564.

(3). حسام الدين عبد الغني الصغير ، مصدر سابق ، ص562.

الداخلية في الاندماج الذي نشأت حقوقهم قبل نشر مشروع الاندماج الاعتراض أما أن تأمر بالوفاء الفوري أو إنشاء ضمانات كافية للدائنين المعترضين أو رفضه لعدم جديته ، وفي حال عدم قيام الشركة بتوفير ضمانات كافية أو تعجيل الوفاء بالدين الذي حكمت به المحكمة المختصة ، لا يحتج بالاندماج قبل الدائنين المعترضين ، ولا فرق بين دائني الشركة الدامجة أو المندمجة في حق الاعتراض على الاندماج.

ويرى بعض أن الحكمة في تحويل دائني دائني الشركة المندمجة في الاعتراض ظاهرة إذ ينقضي مدينتهم الأصلي ويحل محله مدين ، أما اعتراض دائني الشركة الدامجة فحكمتها الاعتراف بحق دائنيها لدرء المخاطر التي تصيب ضمانهم بسبب مزاحمة دائني الشركة المندمجة عندما تكون الشركة المندمجة معسرة⁽¹⁾.

يرى الأستاذ Delaisi⁽²⁾ أن أثر الحكم الصادر من المحكمة بتعجيل الوفاء بالدين لا يقتصر على الدائن لا يقتصر على الدائن مقدم الاعتراض فقط إنما يمتد أثره إلى بقية الدائنين المعترضين منهم وغير المعترضين ، بمعنى لو صدر قرار من المحكمة المختصة بتعجيل الوفاء لدائن أو مجموعة من الدائنين عندها يحق لجميع الدائنين الاستفادة من القرار الصادر بتعجيل الوفاء بديونهم ، في الوقت الذي لا يستفاد من حكم المحكمة في انشاء الضمانات لدائن إلا طالب الضمان فقط دون بقية الدائنين.

ونرى أن الحكم الصادر بتعجيل الوفاء بالدين والحكم الصادر بإنشاء ضمانات لا يستند إلى صحيح القانون فالحكم الصادر من المحكمة يقتصر أثره على الدائن مقدم الاعتراض سواء كان صادراً برفض الاعتراض أو بتعجيل الوفاء بالدين أو بإنشاء ضمانات ولا يمتد أثره بحال إلى غيره من الدائنين.

ولا يمكن الاحتجاج بالاندماج في مواجهة الدائنين في حال عدم امتثال الشركة الدامجة لقرار المحكمة بتعجيل الوفاء بالديون أو بإنشاء ضمانات كافية للدائنين هذا ما أشار لقرار إليه القانون الفرنسي لسنة 1966⁽³⁾ ، أي لا يسري الاندماج بحقهم ، ويمكن للدائنين التنفيذ على موجودات الشركة المندمجة كونها تمثل ضمانهم العام دون مزاحمة دائني الشركة الدامجة وبالمقابل يمكن لدائني الشركة الدامجة التنفيذ على موجودات الشركة الدامجة كونها تمثل ضمانهم العام دون مزاحمة دائني الشركة المندمجة طالما لم تنفذ الشركة الدامجة قرار المحكمة في تعجيل الوفاء بالدين أو بتقديم الضمان الكافي لسداد دينهم.

(1). حسام الدين عبد الغني الصغير ، مصدر سابق ، ص 562.

(2). Cour. Cass 3 Mai 1972 revue Gaz Pal note Pierre Delaisi, p743 .

ن. د. حسام الدين عبد الغني الصغير ، مصدر سابق ، ص 565.

(3). نص المادة 3/381 من قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966.

ولا يتوقف السير في إجراءات الاندماج بتقديم الاعتراضات إلى أن تفصل المحكمة في طلب الاعتراضات هذا مسار عليه التشريع الفرنسي⁽¹⁾، ذلك بخلاف بعض القوانين الأجنبية والعربية التي تقرر وقف إجراءات الاندماج عند الاعتراض لحين البت في طلب الاعتراض أما إذا لم تقدم ضمانات أو لم يتم الوفاء وثبت أن الاندماج ينطوي على غش أو تدليس يقصد به إهدار الدائنين فلا مناص من حقهم في طلب البطلان⁽²⁾.

في إحدى أحكام النقض التجاري الفرنسي بتاريخ 3 مايو 1972⁽³⁾ أجاز القضاء للدائنين بالتنفيذ على الأصول الموجودة بين أيدي القائمين بتهيئة أموال الشركة ومجوداتها من أجل الاندماج، ولهم الحق في تتبع مساهمي الشركة المندمجة الذين تم توزيع الحصص والأسهم من الشركة الدامجة عليهم واعتبر القضاء أن تلك الأرباح صورية غير حقيقية حيث لا أرباح دون سداد الديون⁽⁴⁾.

ويحق للدائنين الممتازين من أصحاب التأمينات العينية أو الشخصية الاعتراض على الاندماج أسوة بالدائنين العاديين عند وجود مصلحة جديدة تقتضي ذلك⁽⁵⁾، أما فيما يتعلق بالأوراق التجارية، فإن التساؤل المطروح في هذا الخصوص هو: إذا كان من حق حامل الكمبيالة أو السند لأمر⁽⁶⁾، المسحوبين من طرف الشركة أو المسحوبين عليها باعتباره دائناً لها أن يتقدم بالاعتراض على مشروع الاندماج في حالة اندماجها؟ إذ لا بد من التأكيد على أن الأوراق التجارية تنتقل من الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة دون حاجة إلى إتباع عملية التظهير⁽⁷⁾، ومن ثم فإن مجرد تحقق الاندماج بين الشركة الدامجة والشركة المندمجة تنتقل ملكية الحق الثابت بمقتضى الورقة التجارية من الشركة المندمجة إلى الشركة المندمجة تنتقل ملكية الحق الثابت بمقتضى الورقة التجارية من الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة، وإعمالاً لمبدأ الانتقال الشامل للذمة المالية السالف الذكر يقتضي الأمر بالمقابل أن تنتقل الأوراق التجارية التي كانت الشركة المندمجة مدينة بها لتدخل ضمن الجانب السلبي أو جانب الخصوم في الذمة المالية الخاصة بالشركة الدامجة ومع ذلك

(1). نص المادة 4/381 من قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966.

(2). نقض تجاري في 3 مايو 1972 وتعليق هوان عليه وكذلك مقالة Yves Cheminade ص 30.

مشار إليه لدى د. أحمد محرز، مصدر سابق، ص 267.

(3). المجلة الفصلية للقانون التجاري 1972 ص 931 أشار إليه د. أحمد محرز، مصدر سابق، ص 263.

(4). Cour . cass. Com 10 Juin 1968 Dalloz 1968 p.116.

(5). حسام الدين عبد الغني الصغير، مصدر سابق، ص 536.

(6). يلاحظ أنه لم يذكر الشيك لأنه أداة وفاء وليس أثمان، راجع موقع الانترنت:

<http://by107w.bay104.mail.Live.Com/mail/Editmessageli.ashx>

(7). Dominique vidall, Droit des societees, ed 1995 G.D.J, p 143.

نعتقد أن كل حامل لورقة تجارية سحبت وفق الشكل المحدد قانوناً قبل إشهار مشروع الاندماج له الحق في التعرض على هذا المشروع ، وذلك لان التعرض لا يعتبر مطالبة بالوفاء بالدين ، وإمّا هو مجرد إجراء احتياطي القصد منه حماية حق الدائنين ، كما أن المحكمة وكما سبق أن أشرنا إلى ذلك لها أن تكتفي بإلزام الشركة الدامجة بتوفير ضمانات كافية للدائنين وهكذا فإذا تقدم حامل ورقة تجارية بطلب يهدف إلى الوفاء له بمبلغ تلك الورقة ضد شركة من الشركات موضوع الاندماج ، فإن المحكمة تتأكد مما إذا كانت الورقة مستحقة الأداء وقدمت داخل الأجل القانوني ووفق الإجراءات المحددة قانوناً ، فإذا ثبت لها كل ذلك ، حكمت على الشركة المدينة بالوفاء ، أما إذا كانت الورقة غير مستحقة الأداء ، فإنه يجب التمييز بين طلب الوفاء الذي يكون ماله الرفض في هذا الحالة ، لأن اندماج الشركات لا يعتبر سبباً للرجوع قبل تاريخ الاستحقاق ، وبين التعرض على مشروع الاندماج المستند على الورقة التجارية ، والذي يمكن للمحكمة أن تصرح بارتكاز على أساس قانوني سليم ، وتأمّر الشركة الدامجة تبعاً لذلك إما بالوفاء الفوري أو بتقديم ضمانات كافية لحاملي الورقة التجارية⁽¹⁾.

وأخيراً إن الاندماج لا يحول دون تطبيق الاتفاقيات التي أبرمتها الشركة المدينة ودائنيها والتي بموجبها يمكنهم المطالبة بالتسديد الفوري لدينهم في حالة اندماج الشركة⁽²⁾.
لكن ماهو موقف الديون التي تنشأ خلال الفترة الانتقالية؟

La peridoe interbediare

خلال الفترة الانتقالية يمكن أن تنشأ ديون قبل الشركة المندمجة التي قد تقع بين
La date a Laquelle les comptes ont ete arêtes
حيث بموجبها يتم تحديد شروط الاندماج وبيان المركز المالي

(1). راجع موقع الانترنت: <http://by104w.bay104.mail/editmessageliabt.aspx>;

(2). نص المادة 5/385 من قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966 والمعدلة بموجب القانون رقم 67/559 الصادر في 12 يولييه 1967 بقولها:

Les dispositions du present article ne mettent pas obstacle a l'application des conventions autorisant le creancier a exiger le remboursement immediate de sa creance en cas de fusion de la societe debitrice avec une autre societe

راجع أيضاً موقع الانترنت:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichtexte>

.Voir: Pierre bezard, la societe anonyme, ed 1986, p 208

للشركة وبيان تاريخ تحقيق الاندماج⁽¹⁾.

هنا يثار سؤال أيضاً من سيكون المسؤول عن تسديد هذه الديون التي تنشأ خلال الفترة الانتقالية؟ الشركة الدامجة التي ستنتقل إليها أصول وخصوم الشركة المندمجة، أم الشركة المندمجة، المدين الأصلي؟

عاج القانوني الفرنسي المسألة، أنه بطريق الضم أو المزج تنتقل حقوق والتزامات الشركات المندمجة طبقاً لما تظهر في التاريخ النهائي لتحقيق عملية الاندماج ومن ضمنها الديون لاتي تنشأ خلال الفترة الانتقالية في ذمة الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة ويسري في شأنها آثار الخلافة العامة، ويعتبر تاريخ التحقق النهائي لعملية الاندماج هو تاريخ قيد الشركة بالسجل التجاري إذ كان الاندماج مزجاً ويعتبر تاريخ قبول تقدير الحصص العينية وزيادة رأس المال من طرف الجمعية العامة غير العادية للشركة الدامجة وتعديل العقد الأساسي لها إذا كان الاندماج ضمماً⁽²⁾. أعطى قانون الشركات الفرنسي الحق لدائني الشركة المندمجة طلب سقوط الأجل عندما تكون الشركة الدامجة معسرة Insolvable بزيادة خصومها على أصولها، والملاحظ أن قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966 لم يقصر حق الاعتراض على الدائنين العاديين للشركات الداخلة في الاندماج إنما شمل الدائنين الممتازين والدائنين أصحاب التأمينات العينية أو الشخصية، طالما أن هذه الحقوق نشأت قبل شهر مشروع الاندماج ووفق المدة التي حددها المرسوم الفرنسي، حيث تكون المعارضة خلال 30 يوم التالية لشهر الاندماج⁽³⁾.

هذا وقد قدمنا بموجب قانون الشركات الفرنسي القديم لسنة 1867 كان إطراف الشركات يتفقون في عقد الاندماج على ما يرغبون به من شروط وحلول بشأن الديون المترتبة على الشركات الداخلة في الاندماج، ويضيف دكتور محرز أنه إذا كان هذا اتجاهماً سائداً من خلال التطبيقات العملية أو ما تسنه الاتفاقيات بأعمال الاثر الرجعي للاندماج، بحيث يكون تاريخ وقف حسابات الشركة تاريخاً لسريان هذا الاثر الرجعي للاندماج، بحيث يكون تاريخ وقف حسابات الشركة تاريخاً لسريان هذا الأثر، معنى ذلك أن الشركة الدامجة أو الجديدة مسؤولة أمام الغير بكل

(1) أحمد محمد محرز، مصدر سابق، ص 263.

(2) خالد حمد عايد العازمي، مصدر سابق، ص 264.

(3) . المادة 381 فقرة 2، 3 من قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966 والمادة 261 المعدلة بالمرسوم رقم 112-2005 بتاريخ

10 فبراير لسنة 2000 أيضاً راجع موقع الانترنت:

<http://www.Legifrance.Gouv.Fr/affichtexte>

للمزيد : د. حسني المصري، مصدر سابق، ص 289.

د. حسام الدين الصغير، مصدر سابق، ص 562.

خالد حمد عايد العازمي، مصدر سابق، ص 368.

عملية لاحقة على هذا التاريخ سواء كانت أصول أو خصوم ، لكن الأثر لاقى معوقات قانونية أهمها عدم حجيته في مواجهة الدائنين ومعارضتهم له وتمسكهم بالرجوع على مدينتهم الأصلي وهي الشركة المندمجة⁽¹⁾، حدد المشرع الفرنسي المدة التي يجوز خلالها تقديم الاعتراض فوجب تقديمه 30 يوماً التالية للإجراء الأخير من إجراءات مشروع الاندماج المنصوص عليها بالمادة 255 من المرسوم، وبموجب المادة 255 من المرسوم 67، 236 الصادر في مارس 23 مارس سنة 1967 بعد تعديلها بمقتضى المادة 1/22 من المرسوم 25-68 الصادر في 2 يناير سنة 1968،⁽²⁾ حيث بموجبه تلتزم الشركات الداخلة في الاندماج بالإعلان عن مشروع الاندماج بأحد الصحف المعتمدة لتلقي الإعلانات القانونية التي تصدر بالاقليم الكائن به المركز الرئيسي للشركة⁽³⁾، وللمحكمة رفض اعتراض الدائنين (opposition (Rejette) إذا اقتنعت المحكمة أن عملية الاندماج لا

(1). أحمد محمد محرز ، مصدر سابق ، ص 264.

(2). **L'opposition d' un créancier a la fusion ou a la scission, dans les conditions prévues par les articles L. 236-10 et L. 236 -21 du code de la dernière insertion prescrite par l'article 255'**

نص المادة 261 المعدلة بالمرسوم رقم 2005 - 112 بتاريخ 10 فبراير 2005 ، . موقع الانترنت:

http://www.Lexinter. Net/ legislation / decret _ du _ 23 _ mars _ 1967 _ relative _ a _ l'emission _ de _ valeurs _ mobilières _ par _ les _ sociétés _ commerciales .htm

(3). تنص المادة 255 من المرسوم الفرنسي 67-236 الصادر في 23 مارس سنة 1967 بعد تعديلها بمقتضى المادة 1/22 من المرسوم 25-68 الصادر في 2 يناير سنة 1968 والتي عدلت أخيراً بموجب المرسوم رقم 2006 - 1566 بتاريخ 11 ديسمبر 2006 في فقرتها الأولى:

'Le projet de fusion ou de scission fait l'objet d'un avis insere dans un journal d' annonces legales du department du siege social par chacune des sociétés participant a l'operation , au cas ou l'une au moins de ces sociétés fait publique ment appel a l'epargne, un avis doit en outre etre insere ou bulletin des annonces legales obligatoires'

. موقع الانترنت:

http://www.Lexinter. Net/ legislation/ decret_du_23_mars_1967_rellatif_a_l'emission_de_valeurs_mobilières_par_les_sociétés_commerciales. htm

تضر بالدائنين لوجود ضمانات كافية لهم وسلامة المركز القانوني للشركة ، باعتباره غير جدي⁽¹⁾، والمواد التي حددها القانون الفرنسي تتيح للدائنين الاعتراض على الاندماج وهو أكثر الوسائل فعالية للحفاظ على حقوق الدائنين⁽²⁾ قبل وقوعه ذلك بعد إطلاعهم على مشروع الاندماج الذي يتضمن ما للشركة المندمجة من حقوق وما عليها من التزامات ، ليحدد الدائنون موقفهم من الاندماج والاعتراض عليه إن كان له محل وهذا ما نصت عليه المواد 2/255⁽³⁾، 261 . 1/261 من المرسوم الفرنسي لسنة 1967 ، وفي حال عدم امتثال الشركة الدامجة لأمر المحكمة بتعجيل الديون المستحقة على الشركة بتوفير ضمانات كافية للدائنين عندها لا يمكن للشركة المندمجة الاحتجاج بالاندماج قبل الدائنين المعترضين وفق المادة 3/381 من قانون الشركات الفرنسي الجديد هذا مفاده أن الاندماج لا يسري بحقهم فتقتضي المحكمة بالتنفيذ على موجودات الشركة التي تمثل الضمان العام لدينهم دون مزاحمة دائني الشركة الدامجة ، ذلك لأن المشرع أعطى الحق في حال عدم امتثال الشركة الدامجة لقرار المحكمة بتعجيل سداد الدين أو بتقديم ضمانات كافية يمكنهم التنفيذ على موجوداتها دون مزاحمة أحد⁽⁴⁾.

يلاحظ أن المشرع الفرنسي⁽⁵⁾ وَّحد موعد الاعتراض للدائنين جميعاً على اختلاف فئاتهم إذ أوجب على الدائنين إذا أراد استعمال حقه في الاعتراض على الاندماج أن يتقدم بطلب اعتراضه إلى المحكمة التجارية المختصة الموجودة بدائرتها مركز الشركة المندمجة وذلك خلال 30 يوماً تبدأ

(1). حسام الدين عبد الغني الصغير ، مصدر سابق ، ص536.

(2). **Martial Chadafaux, les fusions de societees regime juridique et fiscal, 5 eme edition Paris 2005 , p108.**

(3). حسام الدين عبد الغني الصغير ، مصدر سابق ، ص566.

(4) . المادة 261 من المرسوم الفرنسي رقم 236 لسنة 1967.

(5). الفقرة الثانية من المادة 255 من المرسوم الفرنسي الصادر في 23 مارس 1967 المعدلة بمقتضى المرسوم رقم 88/418 الصادر في 12 أبريل سنة 1988 ولاقي عدلت أخيراً بموجب المرسوم رقم 2006-1566 بتاريخ 11 ديسمبر 2006 حيث أصبحت الفقرة الثانية هي الاخيرة بنصها:

« Le depot au greffe prevu a l'article L. 236-6 du de commerce et la pub- licite prevue au present aticle doivent avoir lieu un mois ae de la premiere 'assemble generale appelee a statuer sur l'operation

راجع موقع الانترنت:

http://www.Lexinter.Net/legislation/decret_du_23_mars_1967_relative_a_l'emission_de_valeurs_mobilieres_par_les_societes_commerciales.htm

اعتباراً من آخر إجراء لنشر مشروع الاندماج طبقاً للمادة 255 من المرسوم رقم 236 لسنة 1967 السالفة الذكر. وقد يثار تساؤل حول حق اعتراض الدائن الذي نشأ حقه خلال الفترة ما بين تاريخ آخر نشر لمشروع الاندماج وبين تاريخ انعقاد الجمعية العامة للشركة للمصادقة عليه ، إذا زادت الفترة بين نشر مشروع الاندماج وانعقاد الجمعية العامة عن ثلاثين يوماً فهل يحق له الاعتراض؟ الدائن في وضع لا يحسد عليه في هذه الحالة لأن مهلة الاعتراض المحددة ثلاثين يوماً تكون قد انقضت قبل انعقاد الجمعية العامة للتصديق على الاندماج بذلك يحرم من حق الاعتراض ، لذلك يوجه بعض الفقه الفرنسي النقد ظن لذلك يوجه بعض الفقه الفرنسي النقد إلى حكم المادة 281 من قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966 والمادة 261 من مرسوم اللائحة التنفيذية ويوصي الفقه الفرنسي⁽¹⁾ بإجراء تعديل تشريعي فحواه استمرار فترة الاعتراض من تاريخ النشر حتى انعقاد الجمعية العمومية غير العادية أو جماعة الشركاء للمصادقة على مشروع الاندماج.

ويرى بعض الفقهاء «أن عدم الاحتجاج بالاندماج من شأنه نشأة ذمة مالية مخصصة تضمن أفضلية خاصة للدائنين الذين لا يسري الاندماج في حقهم ، أو يؤدي إلى نوع من فصل الاندماج لمصلحة الدائنين المذكورين بحيث يمكنهم الرجوع على موجودات مدينهم دون مزاحمة باقي الدائنين كما هو الحال بالميراث»⁽²⁾.

محكمة النقض الفرنسية الدائرة المدنية قضت في أحد أحكامها بأنه «لا يجوز لدائن الشركة المندمجة إبداء اعتراضه في شأن الاندماج إلا إذا كان ديناً حقيقياً لا منازعة فيه وواجب الأداء قبل نشر مشروع الإندماج»⁽³⁾.

ومن الدعاوى المثيرة للجدل في احكام اقضاء الفرنسي تلك التي ثارت بخصوص عقود التوريد المبرمة مع شركة اندمجت من الناحية الواقعية في شركة أخرى فقد حدث أن شرعت الشركتان في اتخاذ اجراءات الاندماج وتولت الشركة الدامجة زمام إدارة الشرة بالشركة المندمجة إلى اتخاذ قرارها بحلها حلاً مبتسراً بسبب هلاك رأس المال ، إلا أن الموردین الذين كانوا يرتبطون بالشركة المندمجة بعقود توريد قد طالبو الشركة الدامجة بالاستمرار في تنفيذ هذه العقود وقد أجابت محكمة النقض الفرنسية هذا الطلب تأسيساً على أنه بالرغم من عدم إتمام إجراءات الاندماج فإن اندماج الشركتين قد قام من الناحية الواقعية الأمر الذي يبرر التزام الشركة الدامجة

(1). Hemard (J), *societies commerciales, deai et procedure d'opposition*, ed 1974 p696-699.

(2). حسام الدين عبد الغني الصغير، مصدر سابق ، ص566.

(3). *Cour de cassation, Chambres civiles, Revue' semaine juridique juris-classeur periodique' 1 no 43 du 13 au 19 juillet 1992; p 291*

لاستمرار في عقود التوريد المبرمة بين الشركة والغير⁽¹⁾، ومهما اختلفت الاراء إلا أ، هذا الحكم يفيد أن الشركة الدامجة أو الجديدة بحسب الاحوال تبقي ملتزمة بالعقود التي أبرمتها الشركة الدامجة أو الجديدة بحسب الاحوال تبقي ملتزمة بالعقود التي أبرمتها الشركة المندمجة ولو كان الاندماج واقعياً. والأحكام المتقدمة لا تفرق بين الدائنين الممتازين أو العاديين ودائني المحل التجاري ضمن أصول الشركة المندمجة والذي انتقل إلى الشركة الدامجة أو الجديدة ضمن أصول الشركة المندمجة والدائنين بأجرة العقارات التي استأجرتها الشركة المندمجة⁽²⁾ وللدائنين الحق في التمسك بالاتفاق القاضي بالسداد الفوري في حالة الاندماج دون اللجوء إلى إتباع إجراءات التعرض، بل يضاف إلى هذه الإجراءات الحماية مذهب اليه بعض الفقه الفرنسي من الاعتراف للدائنين بالحق في المطالبة ببطلان عملية الاندماج⁽³⁾، إذا ثبت أن العملية لم يكن الغرض منها إلا حرمان الدائنين من حقوقهم عن طريق الغش⁽⁴⁾، ذلك يمكن للدائنين طلب الوفاء الفوري لديونهم استناداً لاتفاقية مبرمة بينهم تنص على ذلك عند اندماج الشركة المدينة بشركة أخرى.

الاعتراضات المقدمة من قبل الدائنين لا تحول دون السير في إجراءات الاندماج أي أنها لا تتوقف لحين أن تفصل المحكمة في الاعتراضات المقدمة لها⁽⁵⁾، وفي هذه الجزئية يختلف قانون الشركات الفرنسي عن بعض لتشريعات العربية والأوربية حيث يقرر وقف السير بإجراءات الاندماج لحين البت من عدم وقوع ضرر على الدائنين بسبب الاندماج وإذا ثبت أن الاندماج ينضوي على غش أو تدليس القصد منه إهدار حقوق الدائنين فلهم أن يبطلوا الاندماج⁽⁶⁾.

(1). راجع حكم محكمة النقض الفرنسية:

Cass. Com, 3 janvier 1974, revue Dalloz 1974, sommaires p 84.

(2). حسني المصري، مرجع سابق، ص 291.

(3). (Y) Cheminade, revue 'R.T.D.COM' 1970 precitee, p30

(4). Trib.com, 10 Octobre 1995, revue des societe n 4 dec 1995, note (R) Routier, p708 et s.

(5). أحمد محمد محرز، مصدر سابق، ص 267. راجع

(6). المادة 215 من قانون الشركات السعودي الصادر بموجب قرار مجلس الوزراء رقم 185 في 17/3/1985 تنص «لا ينفذ قرار الاندماج إلا بعد انقضاء تسعين يوم من تاريخ إشهاره ويكون لدائني الشركة المندمجة خلال الميعاد المذكور ان يعارضوا في الاندماج بخطاب مسجل إلى الشركة وفي هذه الحالة يظل الاندماج موقوفاً إلى أن يتنازل الدائن عن معارضته اولى أن تقضي هيئة منازعات الشركة التجارية بناء على طلب الشركة بعدم صحة الاعتراض المذكور اولى ان تقدم الشركة ضماناً كافياً للوفاء بدين المعارض إذا كان آجلاً وإذا لم تقدم معارضته خلال الميعاد المذكور أعتبر الاندماج نافذاً، ومن أمثلة الدول الاوربية القانون الايطالي الذي يقرر وقف إجراءات الاندماج لحين الوفاء بالديون أو حصول الدائنين على ضمانات كافية، راجع د. حسام الدين الصغير، مصدر سابق، ص 567.

أثر الاندماج على حقوق الدائنين من غير حملة السندات في القانونين الإنجليزي والمصري.

أثر الاندماج على حقوق الدائنين من غير حملة السندات في القانون الإنجليزي :

منح القانون الإنجليزي الدائنين والمساهمين درجة عالية من الحماية ويتجلى ذلك في السلطة الواسعة التي أعطاها للمحكمة بهذا الخصوص ، إذا ثبت لديها أن مشروع الاندماج لم يضمن حقوق المعترضين أو المساهمين، فلها أن تقرر تعديل مشروع الاندماج بالشكل الذي يراعي حقوقهم ، وتعرض هذه التعديلات مرة أخرى على المحكمة فإذا اقتنعت بالتعديلات جاز لها أن تصدق على مشروع الاندماج بعد التعديل وبدون أن يعرض مشروع الاندماج المعدل إلى الجمعية العامة غير العادية للمساهمين للمصادقة عليه⁽¹⁾.

عند عرض مشروع الاندماج على المحكمة للمصادقة عليه وإصدار قرار الاندماج لكي تتضح آثاره ، يمكن للدائنين أو المساهمين إبداء اعتراضاتهم بخصوص مشروع الاندماج وتؤكد المحكمة من عدم تعرض ضمان الدائنين للمخاطر عند صدور قرار التصديق على الاندماج ، ويجوز للمحكمة أن تشترط لتصديقها على قرار الاندماج السداد العاجل أو تقديم ما يضمن سداد ديونهم⁽²⁾، والمادة 4/11 (بند ج/د) من الجدول 15/ب الملحق بقانون الشركات الإنجليزي تقضي «بأن للمحكمة أن تتأكد من تسلم الدائنين نسخاً من مشروع الاندماج وبدون مقابل أو من السهل الحصول عليها كي يعلو الترتيبات أو التسويات المزعم تنفيذها وبوقت مناسب لإبداء رأيهم

. : هامش د. سميحة القليوبي ، الشركات التجارية ، دار النهضة العربية ، 2008 ، بند 90 ، ص 196 ، حيث تضيف في معرض حديثها عن القانون الاردني ، بما أن أسباب طلب البطلان للاندماج عامة وفضفاضة على هذا النحو فقد حرص المشرع الاردني على مصالح الشركات المندمجة وفي ذات الوقت قرر عدم وقف اجراءات الاندماج بسبب رقع دعوى البطلان من أصحاب العلاقة وإذا وجدت أن هنالك مصلحة تأمر بتصحيح الوضع أو الاجراء الباطل وكل ذلك يجري قبل النطق بالحكم وتضيف أن المشرع الاردني قد أصاب في اجرائه وذلك حرصاً منه على مصالح الشركات المندمجة واحترام الاوضاع الواقعية وتصحيح البطلان خاصة إذا تعلق الأمر باجراءات شكلية لا تمس النظام العام أو اقتصاد البلاد أو الاحتكار الضار بالجمهور والدولة.

حسام الدين عبد الغني الصغير ، مصدر سابق ، ص 567.

(1). خالد حمد العازمي ، مصدر سابق ، ص 375.

(2). **Well , Sweet & Max, implementing a Scheme of Arrangement for a Bermudion Reinsurance Com- pany in Liquidation, international insurance Law Review, London, 1993, p. 4.**

. ، خالد حمد العازمي ، مصدر سابق ، ص 376.

قبل اجتماع الجمعية العامة الغير العادية للشركة»⁽¹⁾.

ولكي تتجاوز الشركة اعتراضات الدائنين واعتراض المحكمة بعدم المصادقة على مشروع الاندماج وتصديقه تبعاً لذلك ، تقوم بالاتفاق مع الدائنين على تسويات أو ترتيبات بدون الحاجة إلى تصفية ، للوصول إلى قرار المحكمة بنفاذ مشروع الدمج دون تصفية، بذلك نجد المشروع الإنجليزي قد حاول الموازنة بين حق الدائنين في المحافظة على الضمان لدينه وبين حق الشركات في ممارسة حقها في الاندماج لضرورة تراها ملزمة لاستمرار مشروعها الذي تأسست من أجله.

(1). نصت المادة 4/11 (بند ج/د) من الجدول 15/ب:

(4)11=The court shall not make any order under sub- paragraph (3) above unless it is satisfied that the following conditions will be fulfilled:

c) That the creditors of the company will have receive or will have been able to obtain free of charges copies of the draft terms in time to examine them before the date of the meeting of the members or any class of members of the company or, in the circumstances referred to in paragraph (b) above , at the same time as the members of the company and

D)That no prejudice would be caused to the members or creditors of any transferor company or transferee company concerned in the scheme by making the order in question

جاء بالمادة 1/425 من قانون الشركات الانجليزي لسنة 1985 عن سلطة المحكمة الواسعة في التوفيق بين الدائنين والمساهمين حماية الدائنين من جهة وتصديقها على مشروع الاندماج من جهة ومن جهة أخرى حيث نصت على:

425) (1) court may order meeting) where a compromise or arrangement is proposed between a company and its creditors, or any class of them or between the company and the members, or any class of them, the court may on the application of the company or any creditor or member of it or, in the case of a company being wound up , or an administration order being in force in relation to a company , of the liquidator or administrator , order a meeting of the creditors or class of creditors, or of the members of the company or class of members (as the case may be) to be summoned in such manner as the court directs.

ويذكر أن تعديلاً طرأ على صياغة هذه المادة حيث استبدلت لفظة الإدارة بدل لفظة المصفي وذلك بناء على المادة 109

— جدول 6 فقرة 11 من الجدول اعتباراً من 29 ديسمبر 1986.

تجدر الإشارة إلى أنه لا حاجة لعرض مشروع الاندماج على الدائنين وأخذ موافقتهم في حال انعدام تأثيره على حقوقهم⁽¹⁾. ويمكن للدائنين أن يحصلوا على جزء من مستحقاتهم نقداً أو على أسهم أو سندات في الشركة الدامجة مقابل الجزء الباقي من حقوقهم ، ولايجوز لهم الاعتراض أو إعادة الهيكلة عند قيام الشركة المندمجة بسداد ديونهم بشكل فوري ونقدي كذلك تأجيل دينهم قبل الشركة الدامجة أو الجديدة يلزم الحصول على موافقتهم على مشروع الاندماج قبل إقراره⁽²⁾. فالقرار الحائز على الأغلبية المنصوص عليها بالقانون، يسري على الأقلية، وهذا لا يمنع الدائن المعارض منع الاندماج وإعادة الهيكلة في حالة إثبات أن موجودات الشركة لا تكفي لسداد ديونه أو ثبت أن الاندماج أنطوى على غش وخداع الدائنين⁽³⁾.

تصبح الشركة الدامجة أو الجديدة مدينة بمستحقات الدائنين كونها خلفا عاما للشركة أو الشركات المندمجة وفي حدود ما آل إليها من ذمة مالية من الأخيرة ، وهذا لا يمنع الدائن من ممارسة حقه في الاعتراض على مشروع الاندماج، عندما يتراءى له عدم كفاية موجودات الشركة الدامجة أو الجديدة بنسبة مستحقاتهم ومع كل ذلك يخضع المدين في دفعه هذا إلى رقابة القضاء للتأكد من جدية الدفع وعدم التعسف في استخدامه حقه قبل عملية الاندماج ، وبالوقت ذاته التأكد من معقولية الترتيبات والتسويات التي أجرتها الشركات المندمجة في هذا الشأن وللشركة تجاوز حصول موافقة الدائن والحصول على مصادقة قرار مشروع الاندماج من قبل المحكمة المختصة ذلك بتسديد مستحقاته فوراً وإلا فلا بد من موافقته⁽⁴⁾.

أخيراً تبقى الضمانات التي تتمتع بها سندات الديون قبل الاندماج لها الاولوية في التطبيق حيث لا تتأثر في حالة الاندماج وتظل قائمة منتجة لآثارها قبل الشركة الدامجة أو الجديدة⁽⁵⁾.

(1). Keenan. Company Law, 10th edition , Pitman , 1996, p, 43.

، خالد حمد العازمي ، مصدر سابق ، ص 377.

(2). Morse et al, Charlesworth & Morse company Law, 16th edition , Sweet & Maxweell , London , 1999,, p.594.

(3). خالد حمد عايد العازمي ، مصدر سابق ، ص 378.

(4). Brides et al, Company Law, 4th edition , Jordon , 2000m P. 627

(5). Lord et al , Gore – Browne on Companies, articles 30.11 & 1, supplement .46.44th edition , Jordon , 2nd volume, January 2004

واشارته إلى حكم قضية Hill ضد شركة صناعات اللحوم Anderson سنة 1970 منشور في مجلة نيو ثاوث للقانون

عدد 2/704 استثنائية . مشار إليه لدى خالد حمد عايد العازمي ، مصدر سابق ، ص 378.

حقوق الدائنين من غير حملة السندات في القانون المصري:

لم يعالج المشرع المصري حقوق الدائنين في حالة الاندماج قبل صدور القانون رقم (159) لسنة 1981م ولائحته التنفيذية، حيث اتجه رأي من الفقه⁽¹⁾ إلى أن الاندماج يعتبر بالنسبة لدائني الشركة المندمجة تجديداً للالتزام بتغيير المدين ولا يمكن الاحتجاج بالاندماج تجاه الدائنين إلا بقبولهم له، ذلك وفقاً للمادة 352 من القانون المدني المصري⁽²⁾، ويذكر أن قانون الشركات المصري القديم رقم 26 لسنة 1954 كان ينظم آثار الاندماج، وخاصة ما تعلق بالدائنين وعقد الاندماج وعادة ما كان عقد الاندماج يتبع أحد الحلول فيما أن يتضمن عقد الاندماج نقل موجودات الشركة إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، وفي هذه الحالة يتم الوفاء بالديون المستحقة وتحتفظ الشركة المندمجة ببعض موجوداتها تكفي لضمان بقية الديون التي لم يحين أجلها، ولا تنتقل إلى الشركة الدامجة إلا ما تبقى بعد ذلك من الأصول، وهذه الطريقة لا تثير صعوبة إلا إذا لم يستوف أحد الدائنين حقه، ويمكنه الدفع ببطالان الاندماج للضرر الذي مس ضمانه العام⁽³⁾. ويمكن أن يتضمن عقد الاندماج نقل كل ما للشركة المندمجة وما عليها إلى الشركة الدامجة عندها نلتزم بتسديد مستحقات دائني الشركة المندمجة. وقد ذهب رأي آخر إلى أن الاندماج في هذه الحالة يتضمن حوالة دين وحقوق ومن المقرر أن الحوالة لا يحتج بها قبل الدائنين إلا برضاهم، وعادة ما يكون لهم مصلحة في ذلك بزيادة ضمانهم العام، وبقبولها من الدائنين تصبح الشركة الدامجة هي المدينة وفي حالة رفض الحوالة فلا يمكن إجبارهم على استيفاء ديونهم من الشركة الدامجة، وبهذا يحق للدائنين التنفيذ على موجودات الشركة المندمجة التي آلت إلى الشركة الدامجة، وبدون مزاحمة من أحد لأن هذه الموجودات تمثل ضمانهم العام⁽⁴⁾. ويرى بعضهم الآخر أن الدائن يرفض الحوالة على اعتبار انقضاء مدينة الأصلي وانتقال الذمة المالية إلى آخر، إضعافاً للتأمينات التي يعتمدون عليها

(1). أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن، دار الفكر العربي سنة 1976، ص 142-143.

راجع: د. علي حسن يونس، مصدر سابق، ص 148.

(2). تنص المادة 2/352 من القانون المدني المصري التي تقضي بأن يتجدد الالتزام «بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلي.. أو إذا حصل المدين على رضا الدائن خص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد».

(3). في هذا المعنى د. محمد كامل أمين ملش، مصدر سابق، ص 358.

- محسن شفيق، الوسيط، مصدر سابق، 1953، ص 653.

د. فتحي عبد الصبور، رسالة حقوق القاهرة، مصدر سابق، بند 698، ص 853.

(4). محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، القاهرة 1957 بند 744 - ص 674،

أيضاً.:

- علي حسن يونس، الشركات التجارية، الطبعة 1957، بند 14-148.

وبذلك يطلبون الوفاء الفوري ولو لم يحل الأجل ، وهذا الرأي يتعارض مع نص المادة 273 من القانون المدني المصري ، التي تقضي بأن سقوط الأجل يكون إذا أضعف المدين بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تامخين خاص لإضعاف الضمان العام⁽¹⁾.

تجدر الإشارة إلى أن الفقهاء في ظل القانون المصري القديم ، في المادة 26 لسنة 1954م أعطوا حق الاعتراض للدائنين بالدفع بعدم نفاذ التصرفات «الدعوى البوليصة» عند حصول غش أو تدليس القصد منه إضعاف ضمانهم والإضرار بهم ، بمعنى المطالبة بفصل الذمتين الماليتين لاستيفاء الدين من المدين الأصلي.

يلاحظ أن فكرة الانتقال الشامل للذمة المالية للشركة المندمجة، إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، لم تكن واضحة في الفقه المصري إبان قانون الشركات المصري القديم وكما أسلفنا وفقاً للمفهوم السليم يستوجب انتقال كل أصول وخصوم الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة، وتصبح الأخيرة مدينة تبعاً لذلك بكافة الديون ، وفكرة الخلافة العامة كأساس لمسؤولية الشركة الدامجة أو الجديدة عن أصول وخصوم الشركة المندمجة ، وقد طبقها القضاء المصري من خلال أحكامه قبل تقنينها في قانون الشركات رقم 159 لسنة 1981 ، فقضت بإحدى أحكام قبل محكمة النقض في العاشر من شهر مارس، سنة 1955م بأنه « إذا اندمجت شركة تضامن في شركة مساهمة اندماجاً كلياً تمنحي به شخصيتها ، وتؤول به بمالها وما عليها إلى الشركة المساهمة فإن الشركة الناتجة تكون قد خلفت الشركة المندمجة في ذمتها المالية خلفه عامة تبيح لها حق الطعن في الأحكام الصادرة بإسم الشركة المندمجة سواء تحققت هذه الخلافة قبل أو بعد صدور تلك الاحكام⁽²⁾ وفي حكم آخر لمحكمة النقض المصرية جاء فيه «وتعتبر الشركة المندمج فيها أو الشركة الناتجة عن الاندماج خلفاً عاماً للشركة المندمجة وتحل محلها حلولاً قانونياً فيما لها وما عليها ، فإنه يترتب على الاندماج. وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة . أن تمنحي شخصية الشركة المندمجة وتؤول إلى الشركة الدامجة وحدها جميع الحقوق والالتزامات الخاصة بالشركة الأولى بعد انقضاءها ، وإذا كان الثابت أنه قد اجتمعت في شخص الشركة صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين البنك الطاعن. فإنه ينقضي بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة على ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 370 من القانون المدني⁽³⁾».

وقبل صدور قانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981 ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن دائني الشركة المندمجة لا يكرهون على تغير مدينهم وعليهم التمسك بحقوقهم والتنفيذ على

(1). محمد صالح بك ، شركات المساهمة في القانون المصري والمقارن ومشروع قانون الشركات الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، سنة 1949 ، بند 635 ، ص390.

(2). راجع: طعن رقم 213 سنة 21 ق ، جلسة عضة مارس 1955 ، المحاماة ، العدد 5 السنة 36 ، سنة 1956 رقم 345 ، 2677.

(3). الطعن رقم 76 لسنة 36ق. جلسة 1970/5/21 . رجب عبد الحكيم سليم ، مرجع سابق ، ص1356.

أموال الشركة المندمجة كونها تمثل ضمانهم العام⁽¹⁾.

المشرع المصري في قانون الشركات رقم 159 لسنة 1981 حاول الموازنة بين مصالح الدائنين في الاستيفاء حقوقهم ورغبة الشركات في الاندماج محاولاً عدم جعل الاندماج وقفاً على إرادة الدائنين، ومن جانب آخر أعطي حق الاعتراض للدائنين على الاندماج والمطالبة إما بالوفاء الفوري للدين أو حصولهم على ضمانات كافية لسداد ديونهم من الشركة الدامجة ، دون أن يوهن من أمر الاندماج شيئاً مع الاستمرار تنفيذ الاندماج قائم رغم الإعتراض⁽²⁾.

وتقضي المادة 132 من قانون الشركات المصري 159 لسنة 1981م بعدم الإخلال بحقوق الدائنين بقولها: «تعتبر الشركة المندمج فيها أو الشركة الناتجة عن الاندماج خلفاً للشركة المندمجة وتحل محلها حلوياً قانونياً فيما لها وما عليها ، وذلك في حدود ما اتفق عليه في عقد الاندماج مع عدم الإخلال قانونياً فيما لها وما عليها ، وذلك في حدود ما أُنفق عليه في هقد الاندماج مع عدم الإخلال بحقوق الدائنين»⁽³⁾.

هذا يعني أن التشريع المصري أعتمد مبدأ مسئولية الشركة الدامجة أو الجديدة عن ديون الشركة المندمجة⁽⁴⁾، هذا ما سار عليه قانون الشركات العراقي الملغي رقم 36 لسنة 1983 في المادة 144 وأكده قانون الشركات رقم 21 لسنة 1997م.

الموازنة بين حقوق الدائنين ورغبة الشركات في الاندماج:

يتضح من نص المادة 132 سالف الذكر أنه لا يجوز للشركة الدامجة أو الجديدة أن تتحلل عن ديون الشركة المندمجة كلها أو بعضها ، بحجة أن عقد الاندماج يتضمن شرطاً يقضي بتحديد مسؤوليتها عن تلك الديون ، لأن هذا التحديد يكون أثره قاصراً علت العلاقة بين الشركات الداخلة في الاندماج ولا يحتج به قبل الدائنين ، وهذه المسئولية تتقرر بقوة القانون وسند ذلك م 132 من قانون الشركات المصري 159 لسنة 1981 حيث تقضي «... مع عدم الإخلال بحقوق الدائنين» وأكدت على ذلك اللائحة التنفيذية في المادة 1/298 بقولها «تعتبر الشركة الدامجة المدين بالنسبة لكافة ديون الشركة المندمجة لمجرد تمام اجراءات الاندماج أن يطلب من المحكمة المختصة تقرير

(1).عبد السلام ذهني ، مذكرات في القانون التجاري ، التجارية ، العقود التجارية - الشركات التجارية ، مطبعة عبد الله وهبي ، سنة 1923 - 1924 ، ص134.

(2)1.أحمد محمد محرز ، مصدر سابق ، ص267.

(3).يشير المستشار رجب عبد الحكيم سلم ، مصدر سابق ، هامش 1 ص1384، انه «بتاريخ 2000/1/15 اقيمت الدعوى رقم 140 لسنة 26 ق دستورية أمام المحكمة الدستورية العليا طعننا على تلك المادة ولم يصدر فيها حكم حتى الآن».

(4). حسام الدين عبد الغني الصغير ، مصدر سابق ، ص379 ، .:

د- حسني المصري ، مصدر سابق ، 2007 ، ص295.

ضمانات له في مواجهة الشركة الدامجة وذلك إذا كان هناك اعتبارات جدية تبرر ذلك⁽¹⁾، وتكون الشركة الدامجة أو الجديدة مسئولة عن كافة الديون⁽²⁾.

المُشرِّع المصري قد كفل حق الاعتراض لدائني الشركة المندمجة بأن يطلبوا تقرير ضمانات إضافية في مواجهة شركتهم من المحكمة المختصة، وهذا ما يتفق مع حقوق الاعتراض (Opposition de la fusion) على الاندماج في قانون الشركات الفرنسي 1966، ويلاحظ أن مسلك الفرنسي اختلف عن نهج المشرع المصري في هذه الجزئية حيث أن الأخير قد أجاز لدائني الشركة المندمجة فقط حق الاعتراض⁽³⁾ في الوقت الذي شمل التشريع الفرنسي دائني الشركة الدامجة أيضاً حق الاعتراض⁽⁴⁾ ويرى دكتور: حسام الدين عبد الغني الصغير «أن المشرع المصري قد جانبه التوفيق في هذا الخصوص لأن الاندماج-كما قدمنا- يعرض دائني الشركة الدامجة لبعض المخاطر عندما تكون الشركة المندمجة معسرة، ولقد كان من الأفضل إتاحة الفرصة لدائني الشركة الدامجة في طلب الضمانات دون تفرقة بين دائني الشركتين الدامجة والمندمجة على نحو ما فعل المشرع الفرنسي»⁽⁵⁾ ويعلق د/ حسني المصري في هذا الصدد بقوله: «إنما يختلف القانون المصري عن القانون الفرنسي في أن الأول لم يتعرض لمركز دائني الشركة الدامجة، وهو ما قد يجد تبريره في أن الاندماج غالباً ما لا يؤثر في هذا المركز، حيث تظل التزامات الشركة الدامجة قبلهم بغير تعديل يذكر نظراً لاحتفاظ الشركة الدامجة بشخصيتها المعنوية بعد الاندماج بعكس الشركة المندمجة، ومع ذلك نرى أنه ليس ما يمنع في القانون المصري من الاعتراف لدائني الشركة الدامجة بحق المعارضة في الاندماج بنفس الاوضاع المقررة لدائني الشركة المندمجة، إذا ما يقوم من الأسباب ما يبرر هذه المعارضة»⁽⁶⁾ أما دكتور أحمد محرز يعلق على هذه الجزئية بقوله: «لهذا نرى إلا يكون أيضاً لدائني الشركة الدامجة إذا ما قامت أسباب تبرر ذلك ونرى أن نصوص القانون المصري تسمح بذلك»⁽⁷⁾ وترى دكتور سميحة بقولها: «يلاحظ على نص المادة 298 المشار إليها أنه قررت ضمانات لدائني الشركات المندمجة دون الشركات الدامجة الأمر الذي يترتب عليه

(1). رجب عبد الحكيم سليم، مصدر سابق، ص 1396.

(2). أحمد محمد محرز، مصدر سابق، ص 266-571.

د. حسام الدين عبد الفنى الصغير، مصدر سابق، ص 571.

- خالد حمد عايد العازمي، مصدر سابق، ص 379.

(3). المادة 298 من اللائحة لتنفيذية لقانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981.

(4). المادة 381 من قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966.

(5). نقلاً عن د. حسام الدين عبد الغني الصغير، مصدر سابق، ص 571.

(6). حسني المصري، مصدر سابق، 2007، ص 296.

(7). في مؤلفه اندماج الشركات من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص 269.

عدم المساواة بين دائني الشركات المندمجة مع أن التعرض للمخاطر من الأمور المتوقعة لأي منهم فكان يقتضي المساواة بينهم في الضمانات»⁽¹⁾.

الرأي هو عدم التفرقة بين دائني الشركات الداخلة في الاندماج لاحتمال تعرضهم لذات المخاطر ، ونستنتج من ذلك أنه لا يبقى أمام دائني الشركة الدامجة سوى الاعتراض على الاندماج عن طريق الدعوى البوليصة «دعوى إبطال التصرفات» متى أقاموا الدليل على أن الاندماج قد أنطوى على غش أو تدليس من أجل الإضرار بهم وإضعاف ضمانهم العام.

وتكون موجودات الشركة ضامنة للوفاء بمستحقات الدين إذا لم يتم التعجيل بالوفاء أو انشاء ضمانات تستهدف الوفاء . ولكن لو كانت الشركة المندمجة متعثرة ومعسرة ، فكيف يكون الأمر بموجب قانون الشركات المصري 159 لسنة 1981؟

الأمر الذي يقلل الضمان العام لدائني الشركات الدامجة بمزاحمة دائني الشركة المندمجة لهم ، وتتجه الآراء على أن يتساوى المركز القانوني للشركات الداخلة في الاندماج، هذا ما فعله المشرع الفرنسي والانجليزي في هذا الخصوص ويستند الفقه في ذلك على أن المشرع لم ينص صراحة على عدم انطباق النص على دائني الشركات الدامجة وبالتالي يرى الفقه كما أسلفنا إمكانية تطبيقه على الشركات الدامجة⁽²⁾.

قدما أن المشرع الفرنسي وكذلك الانجليزي. أوجبا إشهار مشروع الاندماج بأكثر من وسيلة من وسائل الاشهار ، وحدد المشرع الفرنسي مدة ثلاثين يوماً يجوز من خلالها للراغبين من دائني الشركات الداخلة في الاندماج الاعتراض على مشروع الاندماج ، فأوجب تقديمه خلال الثلاثين يوماً التالية لآخر إجراء من إجراءات إشهار مشروع الاندماج، حيث لا يمكن أن يعترضوا بعد فوات هذه المدة ، وهذا يبيح للدائنين الاعتراض على الاندماج قبل وقوعه⁽³⁾. وفي ظل قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966م تفضل الشركات الداخلة في الاندماج تحديد موعد اجتماعات الجمعية العامة غير العادية للمساهمين بخصوص الاندماج إلى ما بعد انتهاء ميعاد الاعتراضات المقدمة من الدائنين ومعرفة مقدار الديون التي قدمت اعتراضات بشأنها قبل اتخاذ قرار الاندماج النهائي.

(1) . سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، 2008 ، 196.

(2) . حسني المصري ، مصدر سابق ، 2007 ، ص296.

د- حسام الدين عبد الغني الصغير ، مصدر سابق ، ص471.

د- احمد محمد محرز ، مصدر سابق ، ص269.

د- محمد فريد العريني ، مصدر سابق ، 2009 ، ص420.

(3). ويلزم التشريع الفرنسي اكتمال كافة اجراءات شهر مشروع الاندماج قبل انعقاد الجمعية العامة غير العادية لكل شركة من الشركات الداخلة في الاندماج مما يتيح للمساهمين اتخاذ القرار النهائي في شأن الاندماج وهم على بينة من أمرهم ن لمزيد . دز حسام الدين الصغير ، مصدر سابق ، ص572.

وبخلاف ذلك لم ينظم المشرع المصري أية وسيلة لإشهار موضوع الاندماج الأمر الذي يترتب عليه عدم علم الدائنين إلا بعد التصديق على المشروع بمعرفة الجمعيات العامة غير العادية للشركات الداخلة فيه، ولا توجد وسيلة في القانون المصري تعلم الدائنين أن مدينة – الشركة - في طريقها إلى الاندماج ، أي أن الطلبات التي يقدمها الدائنون الدامجة ، تأجيل نفاذ الاندماج حتى تفصل المحكمة في الطلب ، ذلك لأن طلب تقرير الضمانات لا تقدم إلا إذا علم الدائن بالاندماج وهذا لا يكون إلا بعد إشهار عقد الاندماج وتمام الاجراءات.

إنشاء حقوق لغير بعد إتمام الاندماج لا يعطي الغير من الدائنين الاعتراض على الاندماج وطلب إنشاء ضمانات كافية في مواجهتها لان حقوقهم نشأت بعد الاندماج ، حيث يستبعد أن تتأثر مراكزهم منه لانهم علموا ورضوا به⁽¹⁾.

قدمنا أن قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966 قد حدد مدة شهر من تاريخ شهر الاندماج لتقديم طلبات الاعتراض للراغبين من الدائنين ، أما المشرع المصري فلم يحدد مدة تقدم خلالها طلبات الدائنين المعترضين عليه المتضمنة إنشاء ضمانات كافية لمواجهة الشركة الدامجة أو الجديدة⁽²⁾، والرأي ونحن نتفق معه أن تحدد مدة معينة للاعتراض ، ذلك حرصا على استقرار المعاملات وتعزيزاً لمقومات الاندماج في تسهيل إتمام إجراءات الاندماج وبالتالي تحقيق الموازنة بين الحقوق والالتزامات للإطراف المعنية.

للمحكمة سلطة تقديرية واسعة عند نظر طلبات المعترضين للحصول على ضمانات إضافية والمقدمة من قبل دائني الشركة المندمجة ذلك ما أشارت اليه الفقرة الثانية من المادة 298 من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري 159 لسنة م 1981 حيث تفيد إن المحكمة إذا قدرت أن الاندماج يمس حقوق الدائن ، فلها الحق في تعجيل الوفاء بالدين وفي هذه الحالة يسقط أجل الدين وتلتزم الشركة الدامجة بمسؤولية الايفاء به أو بإنشاء ضمانات كافية للدائن المعترض أو رفض طلب المعترض لعدم جديته.

إذا قدرت المحكمة أن اعتراض الدائن على الاندماج غير جدي إي لا يؤثر على مكو الدائن المعترض فإنها تقضي برفض طلبه، وبموجب الفقرة الثالثة من المادة 298 من اللائحة التنفيذية لنفس القانون إن موجودات الشركة المندمجة تكون ضامنة الوفاء بقيمة الدين وفوائده ، إذا لم يتقرر الوفاء بالدين أو تنشأ له ضمانات كافية لا يمكن الاحتجاج بها تجاه الدائن المعترض ، وإذا رفضت المحكمة طلبه فلم تقرر تعجيل الوفاء بالدين أو انشاء ضمانات كافية للدائن ، عندها تكون قيمة الدين وفوائده مضمون بموجودات الشركة الدامجة. وبالنسبة لمديني الشركة المندمجة

(1). عبد العزيز أحمد عبد العزيز اللهيبي ، مصدر سابق ، ص 149.

(2). حسام الدين عبد الغني الصغير ، مصدر ، ص 572.

-خالد حمد عايد العازمي ، مصدر سابق ، ص 381.

والشركة الدامجة لا يلزم موافقة مدينتهم عند الاندماج حتى يحتج به في مواجهتهم ذلك لأن الاندماج ليس من قبل حوالة حق التي يلزم فيها إخطار المدين وقبوله. إنما هي انتقال شامل وعام للذمة المالية بكل ما لها وما عليها ويجعلها خلافة عامة وللشركة الدامجة أو الجديدة أن تتخذ إجراءات تحفظية ، كالاغذار أو المطالبة القضائية أو قطع التقادم أو تحرر البروتستو .. الخ بهدف حماية حقوق الشركة المندمجة المنتقلة إليها لدى الغير⁽¹⁾. أخيراً أقول : عند ورود شرط في سند الدين يقضي بتعجيل الوفاء بالدين عند قيام الشركة بالاندماج مع أخرى فإن الاولوية للشرط في التطبيق إعمالاً بنص المادة 298 بفقرتها الاخيرة من اللائحة⁽²⁾.

أثر الاندماج على حقوق الدائنين من غير حملة السندات في القانون العراقي أهم النتائج التي تترتب على إكتساب الشركة الشخصية المعنوية تمتعها بصلاحيات اكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات بحيث يكون كيانها القانوني مميزاً عن الشركاء والمساهمين⁽³⁾. وما يقدمه الأعضاء أو المساهمين من أسهم وحصص تنتقل ملكيتها إلى الشركة وبها تتحقق مسؤولية الشركة عن التزاماتها تجاه الغير، ونتيجة ممارسة أنشطتها المختلفة تتولد لديها حقوق وهذه تدخل في ذمتها المالية.

يتبين لنا أن قانون الشركات العراقي يقضي بانتقال كافة أصول وخصوم الشركات المندمجة إلى الشركة الدامجة أو الجديدة - بحسب الأحوال - معنى ذلك أنه لا يجوز أن تنتقل الشركة المندمجة بأصولها الصافية إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، وبالتالي تكون الشركة الدامجة أو

(1). أحمد محمد محرز ، مصدر سابق ، ص 269-270 ، والطعن رقم 1687 لسنة 53 ق جلسة 1985/5/13 «قررت محكمة النقض المصرية ذات المعنى في أحد أحكامها حيث قضت « بأنه « لما كانت الشركة المؤممة بالاسهم لم تزيلها شخصيتها الاعتبارية أو تنفرد ذمتها المالية ، وكان ادماجها هي وغيرها في الطاعة مواد إن هذه الاخيرة، وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة تكون خلفا عاما لها من حقوق وماعليها من التزامات فتبدو هي الجهة التي تخضم وحدها دون غيرها في خصوص هذه الحقوق والالتزامات ومن ثم فان اختصاصها في الدعوى موضوع الطعن يكون اختصاصا لذى صفة. راجع د. أحمد محمود حسني ، قضاء النقض التجاري ، المبادئ التي قررتها محكمة النقض في ثماني وستين عاما ، 1931-1999 منشأة المعارف في الاسكندرية ، سنة 2000 ، ص 459.

(2). خالد حمد عابد العازمي ، مصدر سابق ، ص 380 ، . بهذا المعنى:

- عبد العزيز أحمد عبد العزيز الهيب ، مصدر سابق ، ص 142.

(3). استاذنا الدكتور محمود مختار بربري - الشخصية المعنوية للشركات التجارية ، دراسة مقارنة دار الفكر العربي سنة 1985 ، ص 256 وما بعدها.

د. أبو زيد رضوان ، الشخصية المعنوية بين الحقيقة والخيال ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية سنة 1970 ، العدد 1 السنة 12 ص 193 ، ص 99.

الجديدة مسئولة عن التزامات الشركة المندمجة لأنها تحل محل الشركة أو الشركات المندمجة بمثابة خلف عام للشركة المندمجة⁽¹⁾.

يلاحظ أن قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 لم ينظم حقوق دائني الشركات الداخلة في الاندماج بنصوص خاصة، واستناداً للأحكام العامة يمكن إعطاء هؤلاء الدائنين من غير حملة السندات الحق بالمطالبة بعدم نفاذ الاندماج بحقهم من خلال دعوى عدم نفاذ التصرفات «الدعوى البوليصية» في حال ثبوت غش أو تدليس في عملية الاندماج. وتجدر الإشارة إلى أن قانون الشركات العراقي رقم 36 لسنة 1983 الملغي نص بالمادة 92 أن «لكل ذي مصلحة الاعتراض على قرارات العينة العامة لدى المسجل خلال سبعة أيام من تاريخ اتخاذها، وعلى المسجل⁽²⁾ إصدار قراره خلال خمس عشر يوماً من تاريخ الاعتراض، يكون قراره قابل للطعن لدى المحكمة المختصة خلال سبعة أيام من تاريخ التبليغ به ويكون قرارها قطعياً»⁽³⁾.

عليه ووفقاً للمادة 92 من قانون الشركات العراقي القديم رقم 36 لسنة 1983 يستطيع دائني الشركات الداخلة في الاندماج الاعتراض على قرار الاندماج الصادر من الهيئة العامة غير العادية في كل من هذه الشركات ولا يختلف دائني الشركة الدامجة أو المندمجة في استعمال هذا الحق، وكان يرى جانب من الفقه⁽⁴⁾ أنه يمكن إيقاف الاندماج وتأجيله إلى حين البت في الاعتراض الذي يقدم من قبل دائني الشركات الراغبة في الاندماج ذلك بتقديم اعتراضهم لدى مسجل الشركات خلال سبعة أيام من تاريخ اتخاذها، ويؤدي ذلك إلى تأجيل الاندماج إلى حين البت في موضوع الاعتراض وفيما إذا كان الاندماج يضر أو لا يضر بحقوق الدائنين المعترضين، وبصدور قانون الشركات العراقي 21 لسنة 1997 تم تعديل المادة 92 السالفة الذكر. ويمكن في الحال هذه تضمين عقد الاندماج واحداً من عدة حلول أما أن يتم نقل الموجودات الصافية للشركة

(1). كامل عبد الحسين البلداوي ، مصدر سابق ، ص236 ، . نص المادة 152 من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997.

(2). دائرة مسجل الشركات التابعة لوزارة التجارة العراقية هي المختصة بتسجيل الشركات الوطنية والاجنبية ويكون بمنصب مدير عام.

(3). بموجب قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 النافذ عدلت المادة 92 واصبحت برقم 100 بنصها «لحملة 5% خمس من المائة من اسهم الشركة الاعتراض على قرارات العينة العامة لدى المسجل خلال سبعة ايام من تاريخ اتخاذها وعلى المسجل اصدار قراره خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الاعتراض ويكون قراره قابلا للطعن لدى محكمة البدءة المختصة خلال سبعة ايام من تاريخ التبليغ به وعلى المحكمة النظر في الاعتراض على وجه الاستعجال ويكون قرارها باتنا» وتجدر الاشارة أن نص المادة الملغية 92 المشار اليها كانت تنص «لكل ذي مصلحة الاعتراض» حيث اقتصر الاعتراض بعد التعديل على حملة 5% من اسهم الشركة ، بالوقت الذي كان بموجب المادة الملغية الحق للغير في الاعتراض ويضمنهم الدائنين.

(4). كامل عبد الحسين البلداوي ، مصدر سابق ، ص237.

المندمجة إلى الشركة الدامجة أو الجديدة وفي هذه الحالة يتم تسديد الديون المستحقة وتحتفظ بقدر من الموجودات تكفي لسداد الباقي من الديون غير المستحقة عند حلول الأجل، وتنتقل إلى الشركة الدامجة أو الجديدة ما تبقى من الأصول وهذا الحل لا يثير صعوبة إلا إذا أصابه منه ، أو قد يتضمن عقد الاندماج انتقال كافة الأصول والخصوم إلى الشركة الدامجة أو الجديدة فتصبح الشركات الداخلة في الاندماج ضرر ، يمكنهم الاحتكام إلى القواعد العامة وذلك برفع دعوى عدم نفاذ التصرفات «الدعوى البوليصية».

لذا نرى أن يتدخل المشرع العراقي بنصوص واضحة لتنظيم حقوق دائني الشركات الداخلة في الاندماج، بحيث يكون للمحكمة سلطة تقديرية واسعة أسوة بالقوانين موضوع المقارنة، في الاعتراضات المقدمة من قبل المعترضين بالوفاء الفوري لديونهم أو بتوفير ضمانات إضافية كافية تكفل الوفاء بها وفي حال عدم قناعة المحكمة في الاعتراضات المقدمة، لها أن تقرر رد الاعتراض، والشركة الدامجة الجديدة تكون ملزمة وفقاً لمقومات الاندماج وبقوة القانون الإيفاء بالتزامات الشركة المندمجة قبل الغير من الدائنين. وبهذه الأحكام يمكن أن تُحقق نوع من التوازن بين مصلحة الشركة أو الشركات الراغبة في الاندماج وبين حق الدائنين في الاعتراض بما يضمن لهم المحافظة على ضمانهم العام وتقويته. ويجب ألا يؤدي الاعتراض إلى وقف إجراءات الاندماج أو تعطيله، بأي شكل من الأشكال ، وتعطيل الاندماج يؤدي إلى وضع العوائق في طريقه ، بحيث يكفي أن يعترض دائن واحد فقط لإيقافه ، وللمحكمة أن تقرر عدم سريان الاندماج بحق المعترضين حتى تقوم الشركة الدامجة أو الجديدة بالوفاء الفوري لمستحقاتهم أو بتقديم ضمانات كافية وفي مواعيد محددة للوفاء بديونهم.

المبحث الثاني

أثر الاندماج على حقوق الدائنين حاملي حصص التأسيس

نتناول من خلال هذا المبحث الطبيعة القانونية لحصص التأسيس⁽¹⁾: "Parts de fondateur"، حيث أن هذا الأمر أثار جدلاً كبيراً بين أوساط الفقهاء ذلك لاختلاف الرأي حول طبيعة مركز أصحاب هذه الحصص في الشركة، وتمنح عادة لمن يقدم للشركة حصة يصعب تقييمها بالنقود كبراءة اختراع أو التزام منحته الدولة أو غير ذلك من الحقوق المعنوية⁽²⁾. فيرى بعضهم أن، صاحب حصة التأسيس هو شريك لأنه يشترك شأنه في ذلك شأن المساهمين في أرباح الشركة، واشتراكه في الأرباح يكون مقابل عمل قدمه للشركة عند تأسيسها، يمكن تشبيهه «بالحصة بالعمل»⁽³⁾، وصاحب حصة التأسيس هو دائن للشركة بحق يتمثل في الحصول على نصيب من أرباحها ولا ينشأ هذا الحق نتيجة قرض تم تقديمه للشركة، كما هو الشأن بالنسبة لحملة السندات، وإما نتيجة تعهد من جانب الشركة بمكافأة ما قدمه صاحب هذه الحصة من خدمات ساعدت على تأسيسها أو زيادة رأس مالها⁽⁴⁾، وبعض الآخر يرى أنه دائن للشركة بحق يتمثل في الحصول على نصيب من الأرباح ولا يقدم حصة تدخل في تركيب رأس المال إضافة إلى منعه من إدارة الشركة، والرأي⁽⁵⁾ أن أصحاب حصص التأسيس هم دائنون للشركة وليس شركاء والدليل على ذلك حجج عقلية ونصية⁽⁶⁾.

(1). ويذكر أن حصص التأسيس في مصر تعود إلى عام 1858 عند تأسيس شركة قناة السويس وكان عجز الحصص حينها مائة حصة لأصحابها عشر أرباح بعد خصم 5% من قيمة الأسهم وخصم الاستهلاكات، ثم قسمت إلى ملايين الحصص لارتفاع قيمة الحصص لسهولة تداولها في سوق الأسهم وكان ذلك كمكافأة للمؤسسين لقاء الجهود التي بذلت لانجاح المشروع، وأيضاً يطلق عليها حصص أرباح. استاذتنا الدكتورة سميحة القليوبي، مصدر سابق 2008 بند 405 ص 729.

(2). اكنم الخوي، مصدر سابق، 1969، بند 131، ص 162.

أنظر د/محمد صالح، شرح القانون التجاري، بدون دار نشر، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، سنة 1938، ص 318.

(3). علي البارودي، د. محمد فريد العريني، القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، 1986، ص 590.

(4). محمد فريد العويني، مصدر سابق، 2009، ص 251.

(5). راجع استاذتنا د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، 2008 بند 410، ص 741، كذلك د. حسني المصري، مصدر سابق،

ص 266، دز محمد فريد العريني، مصدر سابق، ص 250، د. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، دار المطبوعات

الجامعية، الاسكندرية، 2006، ص 278.

(6). أما النصية فهي المادة 156 من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات 159 لسنة 1981 تنص على أنه، لا تدخل حصص

التأسيس أو حصص الأرباح في تكوين رأس مال الشركة، ولا يعتبر أصحابها شركاء ولا يكون لهم من الحقوق إلا ما نص

عليه نظام الشركة.

أما العقلية يكون دائن: «لكونه لا شأن له بالإدارة ولا يشترك في رأس المال بحصة عينية أو نقدية ولا يتحمل خسارة ولا تتوفر لديه نية المشاركة التي هي من ميزات الشريك»⁽¹⁾.
وبحق أن أصحاب حصص التأسيس هم دائنون ، ويتمثل ذلك في الحصول على نصيب من أرباحها ولا ينشأ هذا نتيجة قرض يقدم إلى الشركة ، كما هو الحال بالنسبة لحملة السندات وإنما هو نعهد من جانب الشركة بمكافأة ، ما قدمه صاحب هذه الحصة من خدمات ساعدت على تأسيسها أو زيادة رأس مالها ولكون صاحب حصة التأسيس دائن فإنه لا يتلقى هذا الدين⁽²⁾ إلا في حالة تحقيق الشركة أرباح فهو حق كامن En Puissance لا تدب فيه الحركة إلا في حالة تحقيق الشركة أرباحاً قابلة للتوزيع En Action ويطلق عليها حصص الأرباح Parts beneficiaires وبعض القوانين الأجنبية تقرر بإنشاء جماعات قانونية من حملة حصص التأسيس للدفاع عن حقوقهم ذلك باتخاذ كافة القرارات للحفاظ على مصلحة الجماعة بالأغلبية⁽³⁾.

حصص التأسيس هي صكوك لا قيمة اسمية لها وإنما تتمتع بقيمة فعلية تحدد بناء على ما يقرر لها من أرباح، وهي حصص قابلة للتداول كالأسهام ويتم التنازل عنها تبعاً لما إذا كانت اسمية أو لحاملها⁽⁴⁾. وخطورة هذه الحصص أنها دائماً في مركز ممتاز عن أصحاب الأسهم الذين يتحملون خسائر المشروع ولا تمثل نصيباً في رأس المال. ولذلك تلجأ التشريعات إلى فرض قيود قانونية للحصول على هذا النوع من السندات لكي لا يسرف المؤسسين في امتلاكها⁽⁵⁾. وقد تباين موقف التشريعات من هذه الحصص ما بين مؤيد ومعارض . ولكنها فرض عملي يمكن أن يوجد في الواقع.

ويمكن تقسيم هذا المبحث إلى ثلاث طالب على النحو التالي:

المطلب الأول: أثر الاندماج على حقوق الدائنين من حاملي حصص التأسيس في القانون

الفرنسي.

المطلب الثاني: أثر الاندماج على حقوق الدائنين من حاملي حصص التأسيس في القانون

الانجليزي.

(1). للمزيد راجع ، د. محمد فريد العريني ، مصدر سابق ، ص 241.

(2). بما أن صاحب حصة التأسيس هو دائن فالعقد الذي يربطه بالشركة يعد عملاً مديناً وذلك على عكس المساهم الذي يعتبر هذا العمل بالنسبة اليه من الاعمال التجارية ، ولمزيد من التفاصيل راجع:

-استاذتنا الدكتورة سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، 2008 ، بند 405 ، ص 729.

-د. علي البارودي ، د. محمد فريد العريني ، مصدر ، مصدر سابق ، ص 592.

(3). هذا ما أشار اليه القانون الفرنسي القديم الصادر في 23 يناير سنة 1929 ، راجع خالد حمد العازمي مصدر سابق ، ص 415.

(4). نقلاً عن د. سميحة القليوبي ، مصدر سابق 2008 بند 405 ، ص 729 ،

(5). سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، 2008 ، ص 730.

المطلب الثالث: أثر الاندماج على حقوق الدائنين من حاملي حصص التأسيس في القانون المصري.

أثر الاندماج على حقوق الدائنين حاملي حصص التأسيس في القانون الفرنسي:

أجاز القانون الفرنسي القديم الصادر في 23 يناير 1929 إنشاء حصة التأسيس ويضفي هذا الأخير صفة الجماعة (Masse) ويعترف لهم بحق جماعي في التدخل في حياة الشركة متى اقتضت ذلك مصلحتهم المشتركة (interet commun) وبالحق في إعادة شراء حصصهم ومنحهم أسهماً في مقابلها⁽¹⁾.

ومقتضى المادة 264⁽²⁾ من قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966 حظر المشرع إنشاء حصص تأسيسية.

بل قررت جزاء لمن يخالف ذلك بموجب المادة 268 من قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966⁽³⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن الحصة التي أنشئت قبل صدور قانون الشركات لسنة 1966 تخضع للقانون القديم الصادر في 23 يناير سنة 1929 ، وذلك بموجب المادة 54 المعدلة بالقانون رقم 88/98 الصادر في 25 يناير 1985 والمادة 6 المعدلة بالقانون 94/126 الصادر في 11 فبراير 1994م من قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966⁽⁴⁾.

ولا يكون لأصحاب حصص التأسيس في حالة الخسارة التي تزيد على ربع رأس مال الشركة بعد نفاذ الاحتياطات ، المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابتهم بسبب الغاء حصصهم من

(1). حسني المصري ، مصدر سابق ، 2007 ، بند 162 ، ص 268.

د. علي البارودي ، مصدر سابق ، 1975 ، ص 290.

(2). نص المادة 264 من قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966.

L emission de part beneficiaries ou parts de fondateur est interdite a dater d'entrée en vigueur de la present loi.

Voir le site: <http://www.legifrance.Gouv.fr/affichtexte>

(3). نص المادة 268 من قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966

L' montant nominal des actions ou coupures d'action est fixe par les status.

Cette option s'applique alors a toutes les emissions d'actions

Voir le site: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichtexte>

(4). للمزيد . د. سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، 2008 بند 407 ، ص 735 هامش 1 ، أيضاً: حامد حمد عايد الغازمي ،

مصدر سابق ، ص 415.

دون أن يحصل أصحابها على صكوك بديلة أو أي مقابل آخر في الشركة الدامجة أو الجديدة . بحسب الأحوال. ذلك ما تقضي به المادة 10 من نفس القانون الصادر في 23 يناير لسنة 1929⁽¹⁾.

ولا يُجبر المساهمون على استمرار الاستغلال من قبل أصحاب الحصص التأسيس متى كان يؤدي إلى استمرار عجز الشركة ، كذلك لا يحق لهم التعويض عند الاندماج عندما تكون حقوقهم في شركتهم مساوية لحقوقهم في الشركة الدامجة أو الجديدة⁽²⁾.

الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون 23 يناير 1929م ، تقضي بعرض مشروع الاندماج على الجمعية العامة لحاملي حصص التأسيس لقبوله أو رفضه ، ولا يجوز للجمعية العامة غير العادية لمساهمي الشركة المندمجة اتخاذ قرار نهائي بشأن الاندماج ما لم يعرض على الجمعية العامة لحملة حصص التأسيس، ولو تضمن نظام الشركة نزولهم عن حق الاعتراض مسبقا ، وفي حال تعدد طوائف من الحصص في الشركة يتوجب عرض المشروع على جميع الطوائف وكل على حدة⁽³⁾. ويصدر قرار الجمعية العامة غير الخاصة لحملة حصص التأسيس بأغلبية ثلثي الحصص المتمثلة في الاجتماع على الأقل ، وذلك بمقتضى المادة 6 من قانون الشركات الفرنسي الصادر في 23 يناير سنة 1929م. وعند صدور قرار الموافقة – ويحدث عادة عندما يتضمن مشروع الاندماج تسوية لحقوقهم – فلا يجوز رفع دعوى فردية لمطالبة الشركة المندمجة بالتعويض بسبب الغاء هذه الحصص حيث قرار الاغلبية الصادر من الجمعية العامة غير العادية لحملة حصص التأسيس يلزم الاقلية بعدم رفع الدعوى ، ولا يستحق أصحاب حصص التأسيس تعويضا في حال تعرض الشركة إلى قوة قاهرة أدى إلى حلها قبل الاوان⁽⁴⁾. ورفض مشروع الاندماج من قبل الجمعية العامة لأصحاب حصص التأسيس يعطيهم الحق في التعويض المناسب عن الضرر الذي قد أصابهم ، وتستمر الاجراءات بالرغم من رفضهم لمشروع الاندماج⁽⁵⁾ ، وقد قضت محكمة Lyon في إحدى أحكامها منذ زمن بعيد قبل صدور قانون 23 يناير سنة 1929 بجلسة 21 نوفمبر سنة 1903 بانه تقرر اندماج شركة دون ان تضع الجمعية العامة لمساهمي الشركة التي اتخذت قرار الاندماج في اعتبار مصلحة حملة حصص التأسيس فإن الشركة تكون قد ارتكبت خطأ تلزم بمقتضاه بتعويضهم

(1). حسني المصري ، مصدر سابق ، 2007 ، ص 269

خالد حمد عايد العازمي ، مصدر سابق ، ص 416.

(2). حسني المصري ، مصدر سابق ، ص 269 ، راجع: **Cheminade (y): OM 1970 p32**

(3). حسام الدين عبد الغني الصغير ، مصدر سابق ، 550-551.

(4). **R epert et Roblot. Traite elementaire se driot commercial. 11 eme ed .1948**
L.G.D.J no 1404 p. 956.

(5) . حسام الدين عبد الغني الصغير ، مصدر سابق ، ص 552.

من الضرر الحاصل نتيجة الغاء حصصهم⁽¹⁾ لا يكون لأصحاب حصص التأسيس الحق في الاعتراض إذا اندمجت شركة مع أخرى في حال إنهاء الغرض الذي أنشئت من أجله أو بعد انهاء مدته المحددة بالعقد.

حصص التأسيس التي أنشئت في ظل قانون الشركات الفرنسي رقم 23 يناير لسنة 1929م في حالة تأسيس ، فإن الشركة الدامجة لا يحق لها إصدار حصص تأسيس جديدة مقابل الحصص التي تم تسويتها.

تجدر الإشارة إلى أنه بموجب حكم المادة العاشرة من قانون الشركات الفرنسي 23 مارس سنة 1929 يسقط الحق في رفع دعوى التعريض بعد مرور ستة أشهر من تاريخ الحل المباشر **Dissolution anticipée** وهو في حالة الاندماج تاريخ الانتهاء من كافة إجراءات الاندماج وصيرورتها نهائياً⁽²⁾.

إذا ضمن مشروع الاندماج الجديد حقوق حملة حصص التأسيس بأن قرر لهم أسهماً أو سندات في الشركة الدامجة مقابل حصصهم في الشركة المندمجة عندها لا يحق لهم التعويض وبموجب قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966 وكما أسلفنا لا يحق للشركة الدامجة إصدار حصص تأسيس بمقتضى المادة 264 حيث حظرت العمل بهذا القانون منذ تاريخ نفاذه. مما تقدم من أحكام تخص حصص التأسيس الصادرة من الشركة المندمجة أما حصص التأسيس الصادرة من الشركة الدامجة فلا يلزم عرض مشروع الاندماج على الجمعية العامة غير العادية لأصحاب حصص التأسيس ، لأنه لا يؤثر عليهم وذلك لاعتباره وكأنه زيادة في رأس المال.

أثر الاندماج على حاملي حصص التأسيس في القانونين الانجليزي المصري

أثر الاندماج على حاملي حصص التأسيس في القانون الإنجليزي:

موقف القانون الإنجليزي لا يجيز إنشاء حصص التأسيس تعبر عن ذلك المادة 2/99 من قانون الشركات الإنجليزي لسنة 1985م حيث تنص على أنه : « لا يجوز أن تقتصر حصة الشركة على تقديم خدمات وإنما يجب أن يقدم الشريك مقابل نقدي أو عيني.

أثر الاندماج على أصحاب حصص التأسيس في القانون المصري

لم يمنع قانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981 تكوين حسس تأسيس إنما قضت المادة 1/34⁽³⁾ منه: « لا يجوز إنشاء حصص التأسيس إلا مقابل التنازل عن التزام منحتة الحكومة

(1). راجع: - **cour .cass. Lyon 21 nov, 1904. Rev soc 1904. P 421**.

(2). حسام الدين عبد الغني الصغير، مصدر سابق، ص553.

(3). حيث أكدت المادة 1/153 من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري هذا المبدأ.

أو حق من الحقوق المعنوية « بمعنى بطلان انشاء حصص تأسيس أو حصص أرباح بالنسبة لشركات المساهمة إلا مقابل التنازل عن التزام منحتة الحكومة أو حق من الحقوق العينية⁽¹⁾ ، وأضافت الفقرة الثانية أنه يجب أن يتضمن

نظام الشركة بياناً بمقابل تلك الحصص والحقوق المتعلقة بها، ولكنه لم ينظم بشكل صريح وواضح حقوق أصحاب الحصص حال وجودها عند الاندماجوبناً على ذلك فهي صكوك ليست لها قيمة وإنما تتمتع بقيمة فعلية تتحدد بما يقرر لها من أرباح، وهي حصص يمكن تداولها كأسهم ويتم التنازل عنها تبعاً لما إذا كانت اسمية أو لحاملها⁽²⁾. وفق المادة 155 من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981م يجوز لأصحاب حصص التأسيس الإطلاع لى

(1). لا يجوز انشاء حصص تأسيس او حصص ارباح الا مقابل التنازل عن التزام منحتة الحكومة أو حق من الحقوق العينية ، ويجب أن يتضمن نظام الشركة بياناً بمقابل تلك الحصص او الحقوق المتعلقة بها وللجمعية العامة للشركة الحق في الغائها مقابل تعويض عادل تحدده اللجنة المنصوص عليها في هذا القانون ، وعند حل الشركة وتصفيها لا يكون لأصحاب تلك الحصص او تحديد نصيب في فائض التصفية ، ولا يجوز اصدار اسهم تمتع الا بالنسبة الى الشركات لاتي ينص نظامها على استهلاك اسهمها قبل انقضاء اجل الشركة بسبب تعلق نشاط الشركة بالترزام باستغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية أو مرفق من المرافق العامة ممنوح له لمدة محدودة او بوجه من اوجه الاستقلال مما يستهلك بالاستعمال او يزول بعد مدة معينة ، ويجوز أن ينص النظام على تقرير بعض الامتيازات لبعض أنواع الاسهم من نفس النوع في الحقوق والمميزات أو القيود ، ولا يجوز تعديل الحقوق أو المميزات أو القيود المتعلقة بنوع من الأسهم إلا بقرار من الجمعية العامة غير العادية وموافقة ثلثي حاملي نوع الاسهم الذي تعلق التعديل به.

-وفي جميع الاحوال يجب أن يتضمن نظام الشركة عند التأسيس شروط وقواعد الاسهم الممتازة ولا يجوز زيادة راس المال باسهم ممتازة الا اذا كان النظام يرخص ابتداءاً بذلك وبعد موافقة الجمعية العامة غير العادية وتحدد اللائحة التنفيذية الضوابط والاوزاع والشروط الخاصة باصدار الاسهم الممتازة.

إذا طرح جانب من اسهم الشركة للاكتتاب العام يجب أن يتم ذلك عن طريق أحد البنوك المرخص لها بقرار من الوزير المختص بتلقي الاكتتابات أو عن طريق الشركات التي تنشأ لهذا الغرض أو الشركات التي يرخص لها بالتعامل في الاوراق المالية وبعد موافقة الهيئة العامة لسوق المال ، وتكون دعوة الجمهور للاكتتاب العام في الاسهم بنشرة تشمل على البيانات وبالطريقة التي تحددها اللائحة التنفيذية ، وفي حال عدم تغطية الاكتتاب في المدة المحددة لها يجوز للبنوك أو شركات توظيف الاموال التي تعمل في مجال الاوراق المالية تغطية جزء من الاكتتاب وله ان يعيد طرح ما اكتتب به للجمهور دون التقيد باجراءات وقيود تداول الاسهم المنصوص عليها بهذا القانون » ، :

منير محمد الجهيني وممدوح محمد الجهيني ، الدفوع التجارية «الدفوع الاجرائية والموضوعية» دار الفكر العربي 2004 ، ص212-213.

(2). سميحة القليوبي، مصدر سابق، 2008، ص729.

وثائق ودفاتر الشركة والطعن بقرارات الجمعية العامة إذا كانت مخالفة للقانون⁽¹⁾.

وترى دكتورة سميحة أن من حق أصحاب حصص التأسيس في طلب الإطلاع على دفاتر الشركة على النحو السابق لا يضيف عليهم صفة الشريك كبقية المساهمين أصحاب أسهم رأس المال وذلك لاختلاف طبيعة كل من حصص التأسيس على الأسهم وأكد على ذلك المشرع بالمادة 1/156 من اللائحة التنفيذية بقولها: « لا تدخل حصص التأسيس أو حصص الأرباح في تكوين رأي مال الشركة ولا يعتبر أصحابها شركاء، ولا يكون لهم من الحقوق إلا ما نص عليه نظام الشركة أو القرار الصادر من الجمعية العامة غير العادية بإنشاء هذه الحصص».

وبينما يرى آخرون⁽²⁾: أن صاحب حصة التأسيس شريك، لم يساهم في تكوين رأس مال الشركة شأنه في ذلك شأن الشريك في العمل ولكنه يختلف عن الشريك بالعمل في أنه محروم من الاشتراك في إدارة الشركة.

ورأي دكتورة سميحة هو الأرجح ، ذلك ما أكدته المشرع المصري في مادته 34 من القانون و156 من اللائحة التنفيذية لذات القانون.

ومأ أن القانون المصري لا يتطلب نشرًا أو إشهار مشروع الاندماج وعليه لا يحتاج لعرضه على الجمعية العامة لحصص التأسيس لاستصدار موافقتهم، وخاصة إذا تضمن مشروع الاندماج حصول حملة حصة التأسيس في الشركة المندمجة على حصص تأسيس في الشركة الدامجة أو الجديدة وبذلك يحتفظون بصفتهم في الشركة الناتجة عن الاندماج، وحصولهم على جزء من أرباحها، وانقضاء الشركة وحلها حلاً مبسراً لا يحرمهم من حقوقهم⁽³⁾، كحاملي حصص تأسيس وحصولهم على حقوقهم المقررة بموجبها في الشركة الجديدة، طالما لا يؤدي الاندماج إلى تخفيض

(1).المادة 155 من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981م حيث تنص على أنه : « يجوز لأصحاب حصص التأسيس أو حصص الأرباح أن يطلبوا الإطلاع على دفاتر الشركة وسجلاتها ووثائقها ، وذلك بالقدر الذي لا يعرض مصلحة الشركة للخطر ويكون الإطلاع بواسطة مندوبين تعفيهم جمعية حملة الحصص ويتم في مقر الشركة وفي ساعات العمل المعتادة».

(2).د/محمد بهجت عبد الله فايد، الشركات التجارية، النظرية العامة للشركة، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1997م، ص 263.

(3). ومنذ زمن بعيد أكد القضاء المصري هذا المبدأ في القضية التي أقامها أصحاب حصص التأسيس على شركة «Bateux Omnibus -» وكانت الجمعية العامة لمساهمي الشركة قد اتخذت قراراً بتعديل نسب توزيع الأرباح دون موافقة أصحاب حصص التأسيس في الشركة الأمر الذي ترتب عليه المساس بحقوقهم وقضت المحكمة في هذه القضية بأن طريقة توزيع الأرباح تعتبر من الشروط الأساسية في عقد الشركة من ثم فلا يجوز للجمعية العامة التي تقرر تخفيض نسبة الأرباح المخصصة لأصحاب حصص التأسيس إلا إذا وافقوا على التخفيض بالإجماع ، استئناف مختلط جلسة 7 مارس سنة 1971 ب.س 29 مشار إليه لدى حسام الدين عبد الغني الصغير، مصدر سابق ، ص 272.

نصيبهم في أرباح الشركة الدامجة أو الجديدة وفقاً لما هو مقرر في نظام الشركة، لا يجوز لهم- حملة حصص التأسيس- الاعتراض على قرار الاندماج الصادر من الجمعية العامة غير العادية أو المطالبة بإبطاله أو بالتعويض المقرر لهم في حالة الغاء حصص التأسيس خاصتهم، ولهم إبطال الاندماج عند ثبوت الغش أو التدليس في الإجراءات المؤدية للاندماج والتعويض على ما أصابهم من ضرر وما فاتهم من كسب وفقاً لأحكام القواعد العامة ذات الصلة⁽¹⁾.

يلاحظ أن قانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981 لم ينظم صراحة تنظيم جماعة حصص التأسيس على غرار ما فعل في جماعة حملة السندات في المادة 52 من نفس القانون. ومراجعة لنص المادة 155 من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات سابق الإشارة إليه حيث تنص على: «... ويكون الإطلاع بواسطة مندوبين تعينهم جمعية حملة الحصص ويتم في مقر الشركة...». وكذلك المادة 158 من ذات اللائحة، هذا ما يعزز الرأي في تكوين جماعة خاصة بحملة السندات ويكون لها ممثل قانوني يقوم بالدفاع عن حقوقهم ومصالحهم متى كان له مقتضى⁽²⁾، « ويجوز لأصحاب حصص التأسيس في مصر تكوين جماعة لحماية المصالح المشتركة لأعضائها طبقاً للمادة 13 من القانون رقم 95 لسنة 1992»⁽³⁾.

هل يمكن لحملة حصص التأسيس الحصول على مقابل نظير حصصهم عند الاندماج؟ وصلنا إلى نتيجة مفادها، أن أصحاب حصص التأسيس هم ليسوا شركاء في الشركة ولا يجوز لهم الاشتراك في إدارة الشركة والتصويت على قرارات الجمعية العامة للشركة ولا يحق لهم الحصول على موجودات الشركة عند تصفيتها، ولا تلزم الشركة في عرض مشروع الاندماج على أصحاب حصص التأسيس ولا يحق لهم الاعتراض على قرار الاندماج إلا في أحوال كون الاندماج لا يؤدي بذاته إلى إلغاء الشركة لخصتهم فيها. وفي حال صدور قرار الجمعية العامة غير العادية للشركات الراغبة في الاندماج بشكل يتفق مع ما رسمه المشرع فإن المركز القانوني لحملة حصص التأسيس يحتمل أمرين:

أولاً: في حالة تضمين قرار الاندماج إلغاء حصص التأسيس، يجب التأكد من تحقيق الشروط الواردة في المادة 34 من قانون الشركات من أنه: « لا يجوز إنشاء حصص التأسيس أو حصص أرباح الا مقابل التنازل عن التزام منحه الحكومة أو حق من الحقوق المعنوية، ويجب أن يتضمن نظام الشركة بياناً مقابل تلك الحصص والحقوق المتعلقة بها، ولكنه لم ينظم بشكل صريح وواضح حقوق أصحاب الحصص حال وجودها عند الاندماج، لذا يتجه الفقه نحو تطبيق

(1). د/ حسني المصري، مصدر سابق، 2008 م، ص 272.

(2). علي سيد قاسم، تسوية اتفاق التحكيم، دراسة في أحكام القضاء وقرارات المحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 م، ص 368 هامش 5.

(3). مصطفى كمال طه، مصدر سابق، 2006 م، ص 278.

القواعد العامة ذات الصلة سواء بالاتفاق على حصولهم على اسهم جديدة في الشركة الدامجة مقابل حصصهم في الشركة المندمجة ، أو الغائها مقابل تعويض عادل⁽¹⁾.

والمادة 2/34 من ذات القانون قضت بأن: «يكون للجمعية العامة للشركة الحق في إلغائها مقابل تعويض عادل تحدده اللجنة المنصوص عليها في المادة 25 وذلك بعد مضي ثلث المدة في الشركة أو عشر سنوات مالية على الأكثر من تاريخ إنشاء تلك الحصص ما لم ينص نظام الشركة على مدة أقصر أو في أي وقت بعد ذلك»⁽²⁾.

- ما يخص شركات القطاع العام التي يحكمها القانون المصري رقم 203 لسنة 1991 حاليا فلم يرد نص خاص في شأن إصدار حصص تأسيس لذا يكون قانون الشركات 159 لسنة 1981 هو الشريعة العامة للشركات التجارية فيما لم يرد فيه نص خاص في قوانين أخرى ، هذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة الثانية من مواد إصدار القانون 203 لسنة 1991 حيث تنص على: «... ويسري عليها فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا القانون وبما لا يتعارض مع احكامه نصوص قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة الصادر بالقانون 159 لسنة 1981⁽³⁾. ويختلف القانون المصري عن القانون الفرنسي، حيث إن الأول لا يقرر عرض قرارات الشركة على أصحاب حصة التأسيس ولا إلى الجمعية العامة لأصحاب حصص التأسيس وبالتالي لا يلزم عرض مشروع الاندماج عليهم، ولا يوجد في التشريع المصري جماعة تضم حملة الحصص وتتولى الدفاع عن حقوقهم وتكون ممثل لهم قبل الشركة والغير والقضاء ولا مانع كما يرى البعض من اتفاقهم على تكوين جمعية بمثابة نقابة تدافع عن مشروعية طلباتهم»⁽⁴⁾.

هل يحق لأصحاب حصص التأسيس الاعتراض على الاندماج؟⁽⁵⁾.

ليبان ذلك يجب معرفة الطبيعة القانونية لحصص التأسيس، ومركز أصحاب هذه الحصص

في الشركات الداخلة في الاندماج.⁽⁶⁾

(1). استاذتنا الدكتورة سميحة القليوبي ، مصدر سابق 2008 ، بند 406 ، ص 731

(2). حسني المصري ، مصدر سابق 2007 ، ص 271 . ويضيف ان الوضع يختلف بالنسبة لشركات القطاع العام المصري حيث قضت المادة 24 من القانون رقم 97 لسنة 1983 بأنه «لا يجوز للشركة انشاء حصص تاسيس..» وهو نص منقول عن القانون رقم 60 لسنة 1971. مشار اليه في هامش 298 لنفس المصدر.

راجع بخصوص شرح النص: د. مصطفى كمال طه . مصدر سابق 1974 ، ص 320-321.

(3). استاذتنا الدكتورة سميحة القليوبي ، مصدر سابق 2008 ، بند 408 ، ص 737.

(4). علي يونس ، الشركات التجارية ، مصدر سابق 1960 ، ص 557.

(5). المادة 156 من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981 تنفي صفة الشريك عن أصحاب حصص التأسيس بقولها «لا تدخل حصص التأسيس أو حصص الارباح في تكوين راس مال الشركة ولا يعتبر أصلها شركاء».

(6). يرى البعض ان المركز القانوني لأصحاب التأسيس يشابه مركز البائع الذي يتقاضى ثمنا اجماليا غير محدد المقدار ، فهو

وفق المادة 34 من القانون رقم 159 لسنة 1981 السابقة الذكر، يجب أن يتضمن نظام الشركة بياناً بمقابل تلك الحصص والحقوق المتعلقة بها، ويمكن إلغاء هذه الحصص من قبل الجمعية العامة للشركة بتعويض عادل بواسطة اللجنة المنصوص عليها في المادة 25 السالفة الذكر⁽¹⁾. ولا يجوز أن تخصص أكثر من عشرة من أرباح الشركة الصافية لأصحاب حصص التأسيس بعد حجز الاحتياطي القانوني ووفاء 5% على الأقل بصفة ربح لراس المال، وهذا من النظام العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه. وتضيف د. سميحة إن الفقرات الثلاث للمادة 34 تعتبر من النظام العام أما الرابعة فهي ليست من النظام العام بدليل أن المشروع بدأ بكلمة (يجب)، (ولا يجوز) وهما لفظتان يشيران إلى النظام العام، أما الفقرة الرابعة والخاصة بحرمان أصحاب حصص التأسيس من نصيب في موجودات الشركة فهي ليست من النظام العام، بمعنى يجوز الموجودات باعتبار مال مجمد.

كما ترى أن حكم الفقرة الأخيرة من كل من المادتين 34 من القانون و 156 من اللائحة والخاص بحرمان أصحاب حصص التأسيس من نصيب فائض التصفية يبدو قاسياً في حال وجود هذا الفائض عند استرداد جميع المساهمين لقيمة أسهمهم على اعتبار أن هذا الفائض ربح موزع يفترض أن يشاركوا فيه إلا أن المُشَرِّع يمنع ذلك، وتضيف الدكتور سميحة من جانب آخر يتفق هذا الحكم والعدالة وذلك أن الأرباح المتحققة بما فيها موجودات الشركة بعد التصفية هي من نتيجة أموال المساهمين وإدارتهم للشركة بعكس أصحاب حصص التأسيس الذين لا يشتركون في الإدارة ولا في راس المال، لذا تتفق الدكتور سميحة مع رأي المشرع بكونه حكماً منطقياً، وكل هذا ما لم يتفق في عقد الشركة أو في تعديل له على ما يخالف هذا لأننا كما أسلفنا أن هذه الفقرة (4) من المادة (34) ليست من النظام العام، أي يمكن إضافته ما يخالف النص في نظام الشركة الأساسي⁽²⁾.

يدخل في علاقة معاوضة مع الشركة عند تأسيسها، فهو يقدم لها خدمة كان يمكن للشركة ان تعطيه مقابلها ثمنا فورياً محددا ولكنها تقدم له هذا الثمن في صورة نصيب من الأرباح محددة وفقاً لقواعد يقررها النظام الأساسي للشركة، وهذه المعارضة تتخذ صورة البيع في الحالتين المنصوص عليهما في المادة 24 من القانون الجديد. وهما حالة التنازل عن التزام منحه الحكومة أو حق من الحقوق المعنوية كبراءة اختراع»، راجع د. محمد فريد العريني، مصدر سابق 2009 هامش 1 ص 251.

(1). هي لجنة تشكل في إطار الهيئة العامة لسوق المال برئاسة مستشار باحد الهيئات القضائية، واربعة على الاكثر من الخبراء المتخصصين في الاقتصاد والمحاسبة والقانونية والفنية. لمزيد من التفاصيل : د. حسني المصري، مصدر سابق 2007، ص 271.

(2). سميحة القليوبي، مصدر سابق 2008 بند 407 ص 734. حيث تشير الى: إن التشريع الفرنسي الذي ينظم حصص التأسيس لسنة 1929 يعطي أصحاب الحصص الحق في نسبة من الربح ولم يمنحهم أي حق في موجودات الشركة الا انه

تجدر الإشارة إلى أن اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري بمادتها 158 قررت حكماً جديداً يقضي بإجازة تحويل حصص التأسيس إلى أسهم رأسمال بمناسبة زيادة رأس مال الشركة. ويتم تأسيس حصص التأسيس أو حصص الأرباح أما عند تأسيس الشركة أو عند زيادة رأس كاله، ويجب ان يبين نظام الشركة بياناً بمقابل تلك الحصص والحقوق المتعلقة بها ويتم تبادل هذه الحصص بطريقة القيد في دفاتر الشركة.

الجدير بالذكر أنه عند حل الشركة وتصفيتها لا يكون لأصحاب الحصص المذكورة أي نصيب في فائض التصفية⁽¹⁾، ويبين هذا الحكم تشدد واضح إزاء أصحاب هذه الحصص ولاسيما أن ما يتبقى من فائض. بعد تصفية الشركة واسترداد المساهمين لقيمة أسهمهم، يعتبر ربحاً متراكماً لم يتم توزيعه ويرى البعض أنه لولا نص الفقرة الأخيرة من المادة 34 أن يتقاسمه حملة حصص التأسيس مع أصحاب الأسهم⁽²⁾.

بمقتضى نص الفقرة الثانية من المادة (34) من نفس القانون الغاء حصص التأسيس وذلك بالشروط الآتية:

- مضي ثلث مدة الشركة أو عشر سنوات مالية على الأكثر من تاريخ إنشاء تلك الحصص أو المدة التي ينص عليها نظام الشركة أو قرار الجمعية العامة غير العادية بإنشاء الحصص أيهما أقصر.
- أن يتم الإلغاء بالنسبة لجميع الحصص، ذات الإصدار الواحد في حال وجود أكثر من إصدار للحصص.
- أن يكون الإلغاء مقابل تعويض عادل تحدده اللجنة⁽³⁾ المنصوص عليها في المادة 25 من القانون.

من الناحية العملية لا يوجد ما يمنع الاتفاق على منحهم نصيب من موجودات الشركة بعد حلها وسداد حصص الشركاء، وتضيف: أن بعض الشركات كانت تعطي صكوكاً للمساهمين لها حق الفضلية في الاكتتاب في اسهم الشركة عند زيادة رأسمالها حيث اعتبر القضاء. محكمة السين في احكامها جلسة 23 مايو 1936 الى **J.C.P 1936 1297** - . أن مثل هذه الصكوك تعد بمثابة حصص تاسيس. وجاء قانون 4 مارس لسنة 1943 الذي عدل المادة 14 من قانون 1929 واخضع الصكوك التي تعطي اصحابها افضلية الاكتتاب عند زيادة رأس المال الى قانون 1929 الخاص بحصص التاسيس على ان هذه الصكوك الغيت بقانون 27 مايو 1955.

- (1) . المادة 34-4 من قانون الشركات المصري 159 لسنة 1981 والمادة 2/156 من اللائحة التنفيذية لذات القانون.
- (2) . يذكر انه في الحالة التي يتكون فيها الاحتياطي من علاوة اصدار الاسهم عند زيادة رأي المال ، فليس لحاملي حصص التأسيس أي حق عليه، نظراً لأن هذه العلاوة مخصصة لتعويض قدامى المساهمين من نقصان نصيبهم في موجودات الشركة بسبب دخول مساهمين جدد، راجع د/محمد فريد العريني، مصدر سابق، ص 249.
- (3) . وهي اللجنة المسئولة عن تقدير الحصص العينية المادة/157 من اللائحة التنفيذية لذات القانون وعادة ما يعتمد سعر البورصة يوم الالغاء أساس لتحديد هذا التعويض.

شروط المادتين 4 و157 من اللائحة التنفيذية لذات القانون يعطي الحق لأصحاب حصص التأسيس في تعويض عادل بموجب المادة 25 بمعرفة اللجنة للمنصوص عليها في ذات المادة⁽¹⁾. في حالة عدم تضمين قرار الاندماج إلغاء حصص التأسيس، أو تخلف ما نصت عليه المادة 34 من القانون والمادة 157 من اللائحة لذات القانون من شرط مضي المدة عندها يكون لحاملي حصص التأسيس الحقوق التي كانوا يتمتعون بها في شركاتهم قبل الشركة الدامجة أو الجديدة ولهذا الأمر جانبين هما:

-أن يضمن مشروع الاندماج اتفاق الشركة المندمجة مع الشركة الدامجة أو الجديد بحسب الاحوال، بأن تقوم الشركة الناتجة عن الاندماج بإصدار حصص تأسيس جديدة توزع على حاملي حصص التأسيس في الشركة المنقضية بشكل لا يترتب عليه إنقاص حقوقهم وبالتالي لا يحق لهم المطالبة بأي تعويض لعدم وجود ما يبرر ذلك.

-يمكن أن يقوم مشروع الاندماج على حصول أصحاب حصص التأسيس على أسهم في الشركة الدامجة أو الجديدة توازي حصصهم التي أصدرتها الشركة المندمجة، ذلك بمقتضى نص المادة 158 من اللائحة التنفيذية لنفس القانون ويتحولون الى مساهمين أي تغيير مركزهم القانوني إلى الاشتراك كمساهمين في الشركة الجديدة متى قبلوا ذلك.

الملاحظ أن حاملي حصص التأسيس لا يمكنهم إعاقه إتمام الاندماج في حالة رفضهم لمبادلة حصصهم بأسهم في الشركة الناتجة عن الاندماج، إنما يمكنهم الحصول على تعويض يتناسب مع حقوقهم الفعلية أو تعويض إضافي يستحقونه عند ثبوت وجود غش أو تدليس شاب عملية الاندماج وكل ذلك طبقاً للقواعد العامة ذات الصلة⁽²⁾.

والتعويض الإضافي الأصل في تسديده هو الشركة المندمجة ولكن طبقاً للطبيعة القانونية للاندماج تكون الشركة الدامجة أو الجديدة ملزمة بتسديده لمستحقه على أساس خلافة الشركة الدامجة أو الجديدة ملزمة بتسديده لمستحقه على أساس خلافة الشركة الدامجة أو الجديدة لخصوم أو أصول الشركة المندمجة بكل ما لها من حقوق وما عليها من التزام⁽³⁾.

تجدر الإشارة إلى أن الأحكام المتقدمة تتعلق بحصص التأسيس التي تصدرها الشركات المندمجة اما ما يخص حصص التأسيس التي تصدرها الشركة الدامجة فان قرار الاندماج يؤدي الى زيادة راس مال الشركة الدامجة أو الجديدة وبالتالي استفادة اصحاب حصص الارباح بزيادة ارباحهم تبعاً لذلك بعد اتمام عملية الاندماج.

لذا كانت حصص التأسيس أمراً مستهجنأ لأنها على حد قول دكتور :محسن شفيق أكل

(1). ثروت عبد الرحيم ، شرح القانون المصري الجديد، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية ، 2000م، ص601.

(2). حسام الدين عبد الغني الصغير، مصدر سابق، ص556.

(3). احمد محمد محرز، مصدر سابق، ص208.

لأموال الناس بالباطل » لذا هجرتها معظم القوانين⁽¹⁾، فنظام نشأتها والهدف منها والدافع إليها بتنافي ونية المشاركة ويتعارض مع مبدأ المساواة بين الشركاء⁽²⁾.

موقف القانون العراقي من أصحاب حصص التأسيس.

قدمنا حصص التأسيس أو كما يسميها بعضهم حصص الأرباح - على ما سبق القول - هي عبارة عن مكافأة للمؤسسين على ما بذلوه من جهد في انشاء الشركة ، بعض التشريعات تسميها أسهم التأسيس⁽³⁾ بموجبها يحصل أصحابها على نسبة معينة من ارباح الشركة ، مالكةا لا يقدم مساهمة نقدية تدخل في راس مال الشركة وإنما مجرد خدمات للشركة ، وليس له الحضور أو التصويت في الهيئة أو الجمعية العامة للشركة ، ولما تنطوي عليه أسهم التأسيس من عيوب بلغت حد اعطائها لأشخاص لم يقدموا منافع حقيقية للشركة فقد تزايدت الدعوى لإلغائها⁽⁴⁾ وتمنع بعض التشريعات صراحة إصدارها⁽⁵⁾ على حين لازال البعض يجوزها ضمن ضوابط معينة⁽⁶⁾ ولا وجود لمصل هذه الأسهم في قانون الشركات العراقي سواء الملغي رقم 36 لسنة 1983 او النافذ رقم 21 لسنة 1997⁽⁷⁾.

(1). حيث حظرها قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966 وقانون الشركات الانجليزي لسنة 1985 والقانون المصري لسنة 159 لسنة 1981 وقانون الشركات العراقي لسنة 21 لسنة 997 وقانون الشركات اللبناني لسنة 1942 وقانون الشركات السوري 66 لسنة 1959.

(2). واعتبرت هذه الحصص وسيلة لشراء ذمم الرجال السياسية وتشجيع ذوي النفوذ للاقدام على المساعدة في تأسيس الشركات ولمزيد من التفاصيل في ذلك راجع مؤلف د. أو زيد رضوان ، د. حسام محمد عيسى شركات المساهمة والقطاع العام ، القاهرة ، 1976 ص 36.

(3). باسم محمد صالح ، د. عدنان أحمد ولي العزاوي ، مصدر سابق ، 2007 ، ص 165.

(4). باسم محمد صالح ، د. عدنان أحمد ولي العزاوي ، نفس المرجع ، ص 166.

- طعمه الشمري ، مصدر سابق ، 1987 ، ص 321-325.

(5). قانون الشركات الانكليزي لعام 1985 في المادة 2/99 والقانون التجاري اللبناني في المادة 103.

(6). أجاز نظام الشركات السعودي حصص التأسيس على أن يكون للجمعية العامة الغائها بعد عشر سنوات من اصدارها الا يزيد استحقاق هذه الحصص من الارباح 10%.

(7)() كذلك أجاز قانون الشركات الليبي لسنة 1954 في المادة 496 للمؤسسين أن يخططوا لانفسهم بمقتضى عقد التأسيس قسم من الارباح الصافية طبقا للميزانية لا يتجاوز في مجموعها عشر تلك الارباح ولمدة اقصاها خمس سنوات ولايجوز أن يشترط منفعة اخرى ، راجع ، د. محمد حسن الجبر ، القانون التجاري السعودي الرياض ، 1982 ، ص 266.

الفصل الثالث

الطبيعة القانونية لجماعة الدائنين والاستحواز والإفلاس

المبحث الأول:

مفهوم جماعة الدائنين والطبيعة القانونية للدائنين

المبحث الثاني:

مسؤولية المستحوز الناشئة عن مساهمته في إدارة الشركة المستحوز عليها

المبحث الثالث:

المسؤولية التصيرية للمستحوز على الشركة المساهمة

المبحث الأول مفهوم جماعة الدائنين والطبيعة القانونية للدائنين

نتناول من خلال هذا المبحث مفهوم جماعة الدائنين وذلك ببيان معني الدائن في اللغة والاصطلاح مع بيان مصادر الدين المشترك.

مفهوم الدائن والمدين والذمة:

الدَّائِن: اسم فاعل من دَانَ يُدِينُ دِينًا. والدين لغة: هو القرض. والدَّائِن: من يعطي الدين والدائن اصطلاحاً: من له حق في ذمة الغير.⁽¹⁾

الدائن هو الطرف صاحب الحق في مبلغ يدفعه الطرف الآخر (المدين). وقد يكون الدائن شخصاً أو مؤسسة أو شركة أو حكومة. والدائن هو الشخص أو المؤسسة صاحبة المال.⁽²⁾ ويكون الطرف الأول قد قام بتقديم شيئاً من ملكه أو خدمة للطرف الثاني وفي العادة يتفق الطرفان في عقد بينهما على أن يقوم الطرف الثاني بإعادة مبلغ مساو أو خدمة للطرف الأول. ويسمى الطرف الثاني المدين debtor أو المستلف borrower. والطرف الأول هو الدائن creditor، وهو صاحب الدين سواء كان الدين مال أو خدمة أو شيئاً من أملاكه. ويستخدم الرمز صاحب الدين في الأوساط المالية بصفة خاصة بالإشارة إلى السلفة loan وهي قصيرة الأجل، أو السند Bond وهو طويل الأجل وكذلك الرهن mortgage وهو أيضاً طويل الأجل. وفي القضاء يسمى الشخص الذي أقرت المحكمة بالدين المستحق له ليأخذه من مدينه المتخلف في الدفع، يسمى دائن بمقتضى حكم judgement creditor.

والمدين هو الطرف الثاني في البيئات المالية ويسمى بصاحب الدين، وهذا الطرف أيضاً من الممكن أن يكون فرداً، أو مؤسسة حكومية أو خاصة، والمدين يسمى أيضاً بالمستلف أو المقترض في حال كان الدائن بنكاً، والدين قصير الأجل يطلق عليه سلفة بينما الدين طويل الأجل يطلق عليه سنداً، وقد ورد لفظ الدين في القرآن الكريم، قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا بَخْسَ مِنْهُ شَيْئًا فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُؤْمَلَ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَأَمْرَأَتَانِ مِمَّن رَضَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبُ الشَّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْمَعُوا أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ

(1)1 المصباح المنير(3/290)

Upper Saddle Riv- Economics: Principles in action, 2 arthur, (2)2Sullivan, (2003).

er, New Jersey 07458: Pearson Prentice Hall. صفحة 264.

عِنْدَ اللَّهِ وَأَقَوْمٌ لِلشَّهَدَةِ وَأَذِنَ إِلَّا تَرَ تَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجْرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ إِلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ سُوءٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيَعْلَمُكُمْ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿٢٨٢﴾ البقرة: ٢٨٢ ولم يتطرق

الفقهاء السلمون في دراساتهم الفقهية إلى نظرية عامة في (الدين المشترك) وإنما أوردوا في مصنفاتهم الفقهية جملة من الحلول العملية للمسائل التي تتعلق بجزئيات الموضوع فالدين هو التزام محله مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلية وهذا هو الذي يتعلق بالذمة . وقد عرفه قديري باشا بأنه: ما وجب في ذمة المدين بعقد استهلاك مال أو ضمان غضب (المادة 168) والديون هذه قد تكون بسيطة بحيث يكون الدائن واحداً أو المدين واحداً ، وقد تكون موصوفة بسبب تعدد الدائنين أو المدينين . وإذا تعدد الدائنون قد لا تكون علاقتهم ببعضهم ، أو بالمدين على نمط واحد بل يتوقف الأمر على نوع الدين ، فقد يكون هذا الدين مشتركاً أو لا يكون ، فإذا لم يكن الدين مشتركاً؛ كان معنى ذلك تعدد أحد طرفي الالتزام من غير أن تربط أطرافه رابطة خاصة. لكن المهم في هذا البحث حالة التعدد الحاصل عند أحد طرفي الالتزام وكان بينهما رابطة خاصة كما لو تعدد الدائنون وكان المدين واحداً وكان في استطاعة كل دائن مطالبة المدين بكل الدين، فهؤلاء يسمون بالدائنين المتضامنين في حين إن الحكم هو غير ذلك في الدين غير المشترك وهو الدين الذي يكون فيه لاثنين أو أكثر في ذمة واحدة وفيه يكون لكل من الدائنين أن يطلب ويقبض حصته من المدين ، وليس له أن يطلب أو يقبض حصة الآخر بدون توكيل منه . أما الدين المشترك ، فالأمر فيه مختلف ، فيثبت الاشتراك في الدين إذا تعلق سبب ثبوته بأكثر من ذمة . وكما تطرقنا للفظ الدائن تنطبق أيضاً للذمة المالية، فالذمة هي: الأمر الثاني من الأمرين وإن كان الأمران متلازمين في الوجود، ولكنهما متغايران في المفهوم، فإنه يلزم من كون الشخص أهلاً لتحمل الحقوق أن يكون في شخصه مستقر ومستودع لها، وإذا كان للشخص مستودع ومحل للحقوق ثبت كونه أهلاً لتحمل، إذن متى اعتبرت للشخص أهلية التحمل شرعاً اعتبرت له ذمة، ومتى اعتبرت له ذمة اعتبرت له أهلية التحمل، ولكن ليست تلك الأهلية هي الذمة نفسها، بل بينهما من الفرق ما بين معنى القابلية ومعنى المحل⁽¹⁾. والدليل على التغير في المفهوم مع التلازم في الوجود بين مفهومي الذمة وأهلية التحمل هو: أن الفقهاء في عباراتهم يصورون الحق والذمة في صورة الشاغل والمشغول، فيقولون: (إن ذمته مشغولة بكذا، ويقولون: إن الدين في الذمة وصف شاغل لها، فهذا يفيد: أن الذمة غير أهلية الوجوب التي هي مجرد قابلية، فلا يصح أن يقال مثلاً: إن أهليته أو قابليته مشغولة بالدين.

وذكر السنهوري في الجزء الأول من كتابه(مصادر الحق): أن الذمة هي: وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الإنسان، ويصير به أهلاً للإلزام ولاللتزام، أي: صالحاً لأن تكون له حقوق

(1)1 شرح أصول فخر الإسلام، للشيخ عبد العزيز البخاري: 239، عن الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد 3: 215 و 4: 238.

وعليه واجبات. ولما كانت هذه الصلاحية التي ترتبت على ثبوت الذمة التي يسميها الفقهاء بـ(أهلية الوجوب) - إذ يعرفون هذه الأهلية بأنها: صلاحية الإنسان للحقوق والواجبات المشروعة - فإن الصلة ما بين الذمة وأهلية الوجوب صلة وثيقة، فالذمة هي: كون الإنسان صالحاً لأن تكون له حقوق وعليه واجبات، وأهلية الوجوب هي: هذه الصلاحية ذاتها. والذمة تلازم الإنسان، إذ يولد الإنسان وله ذمة بحكم أنه إنسان، ومن ثم تثبت له أهلية الوجوب فأهلية الوجوب إذن تترتب على وجوب الذمة. ولا يقتصر الفقه الإسلامي في الذمة على ما في الإنسان من الصلاحية للملك والكسب - أي: على نشاطه الاقتصادي - فحسب، بل الذمة وصف تصدر عنه الحقوق والواجبات جميعها وإن لم تكن مالية: كالصلاة والصيام والحج، أو كانت مالية ذات صبغة دينية: كالزكاة وصدقة الفطر والعشر والخراج. ومن ثم كان نطاق الذمة واسعاً في الفقه الإسلامي، حتى قال البزدوي صاحب كتاب (فخر الإسلام): إن الذمة لا يراد بها إلا نفس الإنسان.

تبدأ الذمة ببدء حياة الإنسان وهو جنين، فتكون له ذمة قاصرة، إذ يجوز أن يرث، وأن يوصى له، وأن يوقف عليه. ثم يولد حياً، فتتكامل ذمته شيئاً فشيئاً في المعاملات والعبادات والحدود حتى تصير كاملة، وتبقى ذمة الإنسان ما بقي حياً، وتنتهي بموته، وانتهاء الذمة بالموت تختلف فيه المذاهب(1)(1).

وهذا المعنى الذي ذكره السنهوري مأخوذ من تعاريف علماء الجمهور للذمة:

فقد قال صاحب تنقيح الأصول: (إن الذمة وصف شرعي يصير به الإنسان أهلاً لما له وما عليه) (2). وقد عرفها صاحب حاشية الحموي على الأشباه والنظائر بأنها: أمر شرعي مقدر وجوده في الإنسان، يقبل الإلزام والالتزام (3).

ويعلل صاحب كتاب (مرآة الأصول) ما تقدم بما خلاصته: إن الله تعالى قد ميز الإنسان عن سائر الحيوان بخصوصية من قوى ومشاعر كانت سبباً في أهليته لوجوب أشياء له وعليه، فتلك الخصوصية هي المراد بالذمة.

مصادر الدين المشترك:

عَرَفْتُ الشريعة الإسلامية؛ صورة خاصة من تعدد الدائنين . وهذه الصورة ؛ هي نظام وسط بين التعدد الصوري (4) الذي تبقى فيه الرابطة ، التي تربط كلا من الدائن بالمدين ؛ مستقلة من

(1). مصادر الحق للسنهوري 1: 20.

(2)1. صدر الشريعة في تنقيح الأصول 3: 152 عن الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد لمصطفى الزرقا 3: 212.

(3)2. الفن 3: 210 عن الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد 3: 312.

(4).الأستاذ الدكتور حسن علي الذنون ، أحكام الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1952 ، ص 195.

روابط الآخرين به⁽¹⁾، وبين تعدد الدائنين مع التضامن وهو الذي يتعدد فيه أحد طرفي الالتزام أو كلاهما وتربط بينهم رابطة خاصة وهذا هو (التضامن الإيجابي للدائنين). أما الصورة الخاصة فهو ما عرف بالدين المشترك. ويعرف بأنه (الدين الذي يثبت في ذمة المدين بسبب واحد)⁽²⁾؛ وقد افرد له القانون المدني العراقي اثنتي عشرة مادة . وهي ميزة انفرد بها هذا القانون عن سائر القوانين المدنية العربية.⁽³⁾ وقد اقتبس المشرع العراقي هذه النصوص من الفقه الحنفي ، ومن أحكام المواد (1091-1112) من مجلة الأحكام العدلية العثمانية ، والمواد (168-189) من مرشد الحيران لمحمد باشا قدري .

وقد نصت المادة (303) من القانون المدني العراقي على أن:

- يكون الدين مشتركاً بين عدة دائنين إذا أنشأ من سبب واحد وكان غير متجزئ، أما لوحة الصفقة لو لسبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين .
 - فيعتبر ديناً مشتركاً ثمن المبيع المشتركين اثنين أو أكثر، و ثمن الشئيين ولو كانا غير مشتركين . ما دام البيع في الحالتين قد صدر صفة واحدة من غير تعيين ثمن حصة كل واحد ، ويعدّ ديناً مشتركاً كذلك الدين الآيل بالإرث إلى عدة ورثة ؛ وقيمة المال المشترك إذا استهلك وبدل القرض المستقرض من مال مشترك.⁽⁴⁾
- يستفاد من هذا النص ، أن الدين لا يكون واحداً بالطبيعة ، وإذا لم تربط بين الدائنين رابطة

(1). أستاذنا الدكتور عبد المجيد الحكيم ، أحكام الالتزام ؛ الأهلية ؛ بغداد ، 1967 ، ص 216.

(2). تعريف المرحوم الأستاذ علي حيد ، دور الحكام في شرح مجلة الأحكام ، تعريب فهمي الحسيني ؛ بيروت ، ج 3 ، ص 53 ، كما عرف الدين غير المشترك بأنه الدين الذي يثبت في ذمة المدين بسبب غير متحد ؛ كما عرفه الدكتور صبحي المحمصاني بأنه الدين الذي يكون لاثنتين فأكثر ، في ذمة مدين واحد ، وينشأ من سبب واحد . راجع : النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، دار العلم للملايين ، بيروت ط 2 ، 1972 ، ج 2 ، ص 612.

(3). الأستاذ الكبير عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 3 ؛ ص 235 ، هذا ومن الجدير بذكره ، أن الأستاذ صلاح الدين الناهي ، قد أشار في تعليقاته الى كتاب مرشد الحيران لمحمد قدري باشا . حيث ورد في الجدول الخاص بالنصوص المتقابلة بين المرشد والقانون المدني الأردني الجديد ، أن القانون المذكور قد اخذ بالدين 417؛418؛419؛420؛ 2-1 ؛ 421؛ 422 . راجع : مرشد الحيران بتعليق الأستاذ الناهي.

(4). وقد انتقد أستاذنا الحكيم صياغة هذه المادة ؛ حيث لاحظ بحق أن الشق الثاني في هذه الفقرة لا علاقة له بوحدة الصفقة ولا بسبق الاشتراك في المال الذي تعتبرهما الفقرة الأولى مصادر للدين المشترك . راجع: الحكيم ، المرجع السابق ، هامش (1) ص 216 . هذا وقد اقترح الأستاذ شفيق شحاته في رسالته المشار إليها ، نوصلاً لتقنين القواعد العامة للدين المشترك ، بين المادة الأولى ؛ مصادر الدين المشترك كما في النص التالي : المادة الأولى (يكون الدين مشتركاً بين عدة أشخاص إذا نشأ عن واقعة قانونية واحدة. ولا يكون العمل القانوني وحدة إذا كان يقبل التجزئة . وقد يكون الاشتراك نتيجة لطبيعة الأشياء) المرجع السابق ص 301 .

ما ، كما لو تعامل كل دائن على حدة مع نفس المدين . ولا يكون الدين واحداً ولو كان المال المبيع مملوكاً على الشيوخ ، لأن العبرة بوحدة السبب ؛ أي وحدة ومصدر الالتزام وهو ما يعبر عنه بوحدة الصفقة أو الاتفاق ، كما يكون الدين مشتركاً أيضاً ، بسبب سبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين ، وعليه فمصادر الدين المُشْتَرَك هي:

أولاً : التصرف القانوني الواحد :

التصرف القانوني الواحد باعتباره مصدر الدين المشترك ؛ وهو الذي يكون السبب فيه واحداً أي وحدة مصدر الالتزام ويفرق الفقهاء المسلمون بين مصدر الالتزام والسند المثبت له ، لذلك لا يكون الدين مشتركاً إذا صدر البيع من كل واحد من البائعين على حدة ، وتعين الثمن بالنسبة لكل حصة ، ولا يهم ذكر الثمن المطلوب من المشتري في السند جملة واحدة وقد ضربوا لذلك مثلاً ، وهو القرض ، فلو أقرض كل واحد منهم مبلغاً وكتبوا بجمع المبلغ صكاً واحداً ، فالقرض لا يشكل ديناً مشتركاً والعقد هنا هو مصدر الالتزام ، والعبرة هنا عند انعقاده ، وقد يكون العقد هنا موقوفاً على الإجازة ، ولا تأثير للإجازة اللاحقة إذا كان العقد قد انعقد تحت شرط الإجازة ولذلك قد تقع الإجازة مجزئة دون أن تمس وحدة العقد ، وإذا حصل وفاء عند إجازة أحد الدائنين فقط ؛ فلا يؤثر التعدد المترتب على إجازة الآخرين إذ إن الوفاء قد حصل في وقت لم يكن الدين فيه لمتعدد⁽¹⁾ ، والمثال على ذلك هو حالة بيع ملك الغير⁽²⁾ وعلى ذلك فإن فسخ العقد الذي لا يكون مصدر الالتزام فيه واحداً ؛ فإن الالتزام الناشئ ، عند فسخه يتأثر بهذه الطبيعة ؛ لأن الدين هنا لا يعتبر واحداً . فرجوع المشتريين بالثمن في حالة الرد بالعيوب ، أو عند استحقاق المبيع ، لا يعتبر ديناً مشتركاً إذا كان الثمن لم يقدر بالعقد جملة واحدة⁽³⁾ .

كما أنه قد يكون الدين مشتركاً ، ولكن يقوم اتفاق بين البائعين في تحديد علاقة أحدهما بالآخر ، مما يؤدي إلى تحديد حصة كل واحد منهما في الثمن . ولذلك يكون الدين المطلوب للبائعين واحداً ، إلا إذا باعوا معاً بثمن إجمالي واحد ، فالصفقة هنا لا تعتبر عند صاحبي أبي حنيفة⁽⁴⁾ واحدة إذا كان الثمن مجزئاً ، فلا يكون الدين واحداً ، إذا جعل لكل من البائعين حصة

(1). الشيخ نظام ، الفتاوى الهندية ، ج 2 ، ص 346 .

(2). الأستاذ شحاته ، المرجع السابق ، ص 221. الإمام محمد بن حسن الشيباني ، الجامع الكبير ، تحقيق أبي الوفاء الأصفهاني ، أوفست دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط 2 ، 1399 ، ص 244-245.

(3). الأستاذ شحاته ، المرجع السابق ، ص 244. السرخسي ، المرجع السابق ، ج 21-41 ، ص 164 ، 235.

(4). الكاساني ، المرجع السابق ، ج 5 ، ص 145. ابن عابدين ، ج 4 ، ص 25.

في حين إن الإمام يذهب إلى عكس ذلك ، السرخسي ، المرجع السابق ، ج 21 ، ص 41. الزيلعي ، المرجع السابق ، ج 5 ، ص 45.

الشيخ نظام ، المرجع السابق ، ج 2 ، ص 337 .

من الثمن أو كان الثمن المستحق لأحدهما يختلف عن الثمن المستحق للآخر في ماهيته⁽¹⁾، أو في صفته⁽²⁾، من هذا نرى أن إرادة المتعاقدين، وليس طبيعة الأشياء، هي التي اقتضت في هذه الصورة أن يبقى الدين مشتركاً بين الدائنين المتعددين⁽³⁾. ولا يعدّ من ضمن الديون المشتركة، رجوع المشتري بالثمن إذا ما وجد بالمبيع عيباً، أو عند استحقاق المبيع، فلا يعدّ ديناً مشتركاً إذا كان الثمن لم يقدر بالعقد جملة واحدة، كما لا يعدّ دين الكفلاء المتعددين ديناً واحداً مشتركاً، على اعتبار أن عقد الكفالة هنا هو عقد يقبل التجزئة عند تعدد الكفلاء.

ولما كان دين الكفلاء على المدين أساسه عقد الكفالة، وهو هنا ليس واحداً، إذ إن وحدة الصفقة هي شرط اتحاد المصدر، فانعدام الوحدة هو الذي يفسر السبب هذا. والحكم نفسه يكون في حالة رجوع الوكلاء بالشراء، بالثمن على الموكل⁽⁴⁾.

ثانياً: طبيعة الأشياء :

الأشياء هنا فرضته طبيعة الأشياء، ففي هذه الصورة يكون هناك مال شائع بين اثنين أو أكثر؛ ويكون هذا المال مصدر الدين المشترك. والدين هنا إما أن ينشأ مشتركاً منذ البداية. وإما أن الموجود في البداية، هو المال الشائع⁽⁵⁾.

ففي الصورة الأولى يكون ذلك، إذا آل دين للتركة إلى ورثة متعددين. فإذا كان للتركة دين في ذمة مدين واحد لها، فإن هذا الدين يكون مشتركاً منذ البداية بين الورثة لهذه التركة⁽⁶⁾. وفي الصورة الثانية يكون المال الشائع موجوداً منذ البداية، وليس الدين مشتركاً؛ ثم ينشأ الدين المشترك بعد ذلك عن المال الشائع. والمثال على ذلك هو أن يرث ورثة متعددون عيناً من أعيان التركة على الشيوع ثم يبيع هؤلاء الورثة هذه العين صفقة واحدة، فالدين بالثمن الذي نشأ عنه هذا المال الشائع يكون ديناً مشتركاً بين الورثة المتعددين.

وبناءً على ما تقدم، لا يكون الدين واحداً، إلا إذا كانت طبيعة الأشياء تقضي بذلك،

(1). في ماهيته: أي في جنس الشيء كما لو كان ثمن الأول حنطة، وثن حصة الثاني شعيراً.

(2). في صفته أن يكون الجنس هنا واحداً ولكن الصفة مختلفة، من حيث الجودة والرداءة والاختلاف في النوع الواحد.

(3). السنهوري، المرجع السابق، ص 239. الحكيم، المرجع السابق، ص 217. الأستاذ إبراهيم الدبو، الآثار المترتبة على الشركة في الدين، بحث في مجلة كلية الشريعة في جامعة بغداد، العدد الخامس، 1979، ص 334 وما بعدها. شحاته، المرجع السابق، ص 224، والمراجع الفقهية المخطوطة المشار إليها في مؤلفة القيم المذكور آنفاً.

(4). الشيخ نظام، المرجع السابق، ج 2، ص 337. شحاته، المرجع السابق، ص 226.

(5). سليم رستم باز، شرح المجلة، ص. شحاته، المرجع السابق، ص 226.

(6). السنهوري، المرجع السابق، ص 237، الحكيم المرجع السابق، ص 217؛ الدبو، المرجع السابق، ص 334؛ الخفيف، المرجع

السابق، ص 13؛ المحمصاني، المرجع السابق، ص 613. ومن المراجع الفقهية القديمة يراجع: الزيلعي، المرجع السابق، ج

5، ص 45؛ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 7، ص 260. وابن قدامة المفتي، ج 5، ص 197.

والمثال على ذلك رجوع المشتريين بالثمن المدفوع بمقتضى عقد باطل ، لا يكون ديناً مشتركاً إلا إذا كانا قد دفعا من مال مشترك ، ولا تكون هناك العبرة بوحدة العقد بداهة ، لان البطلان يجعله والعدم سواء . فلو اشترى شخصان داراً ، وأقام آخر البينة على ملكيته لهذه الدار ، فنقض القضاء البيع ، وقضى للمشتري الأول بنصف قيمة الدار على البائع ، فإذا قبض حصته أو قبض الآخر شيئاً من حصته من قيمة الدار فلا شراكة بين المشتريين في المال المقبوض ، لأن حكم القضاء كان مختلفاً إلا إذا كانا قد دفعا القيمة من مال مشترك أصلاً⁽¹⁾.

ثالثاً: الفعل الضار :

قد ينشأ الدين من مصدر آخر غير العقد ، أو سبق الاشتراك في المال ، وإنما من الفعل الضار ، كإتلاف مال مشترك ، أو قتل المورث . ففي الإتلاف ، لا مجال للكلام على وحدة الصفقة ، ذلك لأننا لسنا أمام تصرف قولي بل أمام تصرف فعلي فالمتلف قد أتلف مالاً مشتركاً ، وهو مسؤول عن التعويض ، والتعويض الذي يدفعه يحل محل المال الذي أتلفه ، فيأخذ صفته ولما كان المال المتلف شائعاً ، فالمال الذي يحل محله ، وهو التعويض ، يكون شائعاً أيضاً⁽²⁾ ، فالضرر هنا قد لحق مالاً مشتركاً بين اثنين أو هو واقع على نفس مورثها المشترك⁽³⁾ . ولكن إذا لحق الضرر أموالاً مختلفة مملوكة لأشخاص مختلفين ، فلا يكون الدين هنا مشتركاً ، لأنه ليس واحداً⁽⁴⁾ . والمثال على ذلك لو قتل رجل شخصين خطأ ولكل واحد منهما ولي ، لا شراكة لأن الجنائيتين مختلفتان ، فلو قضى القاضي بالقيمة جميعاً أو متفرقاً فهو سواء وما اخذ أحدهما لا يشترك معه الآخر في الدية ؛ وذلك لان اصل الحق الذي تقابله القيمة غير مشترك بينهما ، فكان لكل نصف من القيمة مقابل بنفس حدة ، فمتى ما كان المبدل غير مشترك بينهما ؛ فان البدل (الدية) يكون مشتركاً⁽⁵⁾ ولكن قد يتأخر نشوء الالتزام المتولد عن الجريمة إلى يوم صدور الحكم بالتضمن وقد طلب الفقهاء في هذه الحالات ، شرط توافر الوحدة في الحكم لا في الجريمة ؛ وعلى ذلك لا يكون الدين واحداً ، في حالة صدور الحكم للدائنين بشكل متوالٍ⁽⁶⁾ .

(1). الشيباني ، المرجع السابق ، ص272. أيضا شحاتة ، المرجع السابق ، ص 203 .

(2). أستاذنا الحكيم ، المرجع السابق ، الفقرة الثانية من هامش (1) ، ص218 .

(3). الذنون ، المرجع السابق ، ص196-197 .

(4). شحاتة ، المرجع السابق ، ص 228. الشيباني ، المرجع السابق ، ص272.

(5). الحصري، في باب شركة الرجلين، نقلاً عن الأستاذ شحاتة، هامش (48) و(49) ص228-229.

(6). ضرب الشيباني لذلك مثلاً (في رجل كاتب عبده ؛ فجنى العبد المكاتب جناية ؛ فقتل رجلاً خطأ؛ ولهذا الرجل وليان ؛ أحدهما حاضر والآخر غائب . فقضى القاضي للحاضر منهما بنصف القيمة؛ ثم حضر الغائب فلا يستطيع هنا مقاسمة الأول فيما قضي له به ، لأن نصيبه لم يصبح بعد مالا ؛ لان الجناية صارت مالا بعد القضاء ؛ فوجب المال لهما متفرقاً؛ فاصبح كل جزء خاص بصاحبه ويبدو أن هناك فرق بين المخطوط نقل عنه الأستاذ شحاتة (الجامع الكبير ،

رابعاً: الإرادة المنفردة :

تكون الإرادة المنفردة هي السبب في قيام الدين المشترك ، كأن يوصي شخص لعدة أشخاص بمبلغ من المال ، فيصبح الموصى لهم بعد وفاة الموصي دائنين ديناً مشتركاً⁽¹⁾. هذا ويذهب جانب من الفقه إلى أن المال المشترك في الإرث والوصية والهبة ، ينشأ ابتداءً لا عن وحدة الصفة ولا عن سبب الاشتراك في المال ، فالدين في الصور المتقدمة مشترك لاتحاد السبب وهو الإرث أو الوصية أو الهبة⁽²⁾؛ وهو هنا في ما عدا حالة الإرث تكون الإرادة المنفردة هي السبب في قيام الدين المشترك: هذه هي مصادر الدين المشترك كما وردت لدى الفقهاء المسلمين ، وشرح القانون المدني الوضعي .

آثار الدين المشترك:

يؤدي الإشتراك في الدين إلى نوع خاص من التضامن بين الدائنين . ومن ثم فإن الآثار تختلف في علاقة الدائنين بالمدين عنها في علاقة الدائنين بعضهم ببعض ، وتعالج ذلك فيما يأتي :

أولاً ، علاقة الدائنين بالمدين :

إن المبدأ الرئيس الذي يحكم علاقة الدائنين بالمدين ، هو أن الدين ينقسم على الدائنين ، ولكل دائن أن يطالب بحصته من الدين⁽³⁾ فله إستيفاء حصته بأي طريق من طرق الإستيفاء ، أو أن يقضيها بأي سبب من أسباب الانقضاء.⁽⁴⁾

لمحمد بن الحسن الشيباني) وبين الجامع الكبير - المطبوع بتحقيق (أبو الوفا الأفعاني) المدرس بالمدرسة النظامية بالهند ؛ ط2؛ 1399؛ طبع بيروت ؛ دار إحياء التراث العربي؛ ص272 ، قارن بين ما ورد في هذه الصفحة وهامش 48-49 من رسالة الأستاذ شحاتة ، ص229 .

(1). الذنون ، المرجع السابق ، ص 197 .

(2). أستاذنا الحكيم ، المرجع السابق ، ص 218 . سليم باز ، المرجع السابق ، ص611 ، المحصاني ، المرجع السابق ، ص 613 . شيخ الإسلام برهان الدين الرشداني المرغيباني ، الهداية شرح البداية ، المكتبة الإسلامية، ج3 ، ص199. الأستاذ الخفيف ، المرجع السابق ، ص 13.

(3). الأستاذ السنهوري ، المرجع السابق ، ص240. الأستاذ الحكيم ، المرجع السابق ، ص 219. شحاتة ، المرجع السابق ، ص231 . الخفيف ، المرجع السابق ، ص14. وفي ذلك يقول الكاساني (إذا كان لرجلين دين مشترك على رجل ، فجاء أحدهما وطلب حصته من الدين ، فإنه يدفع إليه حصته) ، ج6 ، ص210.

(4) . ذهب الأستاذ السنهوري إلى أن كثيراً من مسائل التضامن في الحالات التي ينقضي فيها الالتزام التضامني بسبب غير الوفاء ، كالمقاصة والتجديد واتحاد الذمة والإبراء والتقدم لا تعرض في الدين المشترك . والملاحظ أن الأستاذ شحاتة ، قد نقل من أقوال الفقهاء المسلمين ما يفيد حرية الدائن القابض في التصرف بحصته قبل رجوع الآخرين عليه وذلك أن يبرئ المدين منها كما ورد عند السرخسي أنه (برأ عن نصيبه ، كان صحيحاً) ، ج 21 ، ص 28 . أو يهبها له كما نقل عن مبسوط محمد الشيباني (إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم فوهب أحدهما حصته للمطلوب) ، ج 2 ص382. وكذلك

الشريك في الدين المشترك لا يطالب إلا بحصته فقط :

تقضي الفقرة الأولى من المادة (304) من القانون المدني العراقي بأنه (1). إذا كان الدين مشتركاً فلكل واحد من الشركاء أن يطلب حصته منه (...). وهذه المادة تعرض المبدأ الجوهرى في الدين المشترك وهي أن الدائن لا يستطيع المطالبة بأكثر من حصة ، حتى لو كان الدين مضموناً برهن حيازي أو تأمين وكذلك لا يستطيع المدين أن يفي لأي دائن بأكثر من حصة⁽¹⁾. وإذا فعل ذلك ؛ لم تبرأ ذمته من حصص باقي الشركاء؛ ولكل من هؤلاء أن يطالب المدين بحصته من الدين ويجبره على الوفاء له⁽²⁾ ، ويستطيع المدين بعد ذلك أن يرجع على الدائن الذي قبض الدين كله بما قبضه زيادة على حصته . وإذا دفع المدين حصة أحد الدائنين من الدين المشترك؛ برئت ذمته تجاهه ، وكان لباقي الدائنين الخيار بين الرجوع على مدينهم بالحصص أو أن يشاركوا الدائن القابض في حصته. فإذا أرادوا الرجوع على المدين، فلا يجوز لهم العودة إلى مقاسمته في حصته ، إلا إذا هلك نصيبهم ، بسبب إفسار المدين أو موته مفلساً⁽³⁾. إذن لا يجوز للمدين أن يفي أحد الدائنين كل الدين ، ولا تبرأ ذمته من حصص باقي الدائنين بهذا الوفاء ، فقد ورد عند الكاساني أنه (من استوفى كل الدين المشترك بغير إذن شريكه ، كان لشريكه أن يرجع على الغريم بحصته ، ويرجع الغريم على القابض بما قبضه ، لأنه إنما سلم إليه ليملك ما في ذمته بما سلم ، ولم يملك ، فكان له أن يرجع).⁽⁴⁾ والمشكلة التي تظهر هنا هي مسألة تأجيل أحد الدائنين لحصته من

له أن يصلحها عليها كما نقل عن الحصاص (أن أحدهما إذا صالح من نصيبه على ثوب جاز ذلك) ، ج 2 ، ص 382. وله (الحق في البيع مقابل حصته) مبسوط محمد ج 2 ص 384. أو (الإجارة) المرجع السابق ، ج 2 ص 385 ، أو (عقد نكاح أو خلع) ، المرجع السابق ، ج 2 ، ص 385 . أيضاً (الكفالة) كما نقل عن ابن عابدين ، ج 4 ، ص 1/581 وأخيراً (الحوالة) ، :. السرخسي ، ج 21 ، ص 38 . إذن هنا تجوز المقاصة والإبراء والحوالة والإجارة والكفالة والمبادلة ، أما اتحاد الذمة فلا يجوزونه فعلاً . راجع : الكاساني ج 6 ، ص 67 . راجع أيضاً الأستاذ الخفيف ، الشركات ، ص 15 ، خصوصاً قوله (وقد بني الفقهاء على ما تقدم أن القابض له أن يتصرف فيما قبضه يبعاً وهبة وإقراضاً وإجارة ونحو ذلك لأنه حقه إذا تصرف فيه قبل رجوع شريكه عليه . ويخالف الأستاذ الذنون رأي الأستاذ السنهوري أيضاً ، فيجيز للدائن القيام بجميع التصرفات القانونية كالإبراء والهبة والصلح ، والمقاصة واتحاد الذمة ولكن ليس له التنازل عن التأمينات المقررة له؟ وهذا الرأي أقرب إلى قول فقهاء الحنيفة ، راجع الأستاذ الذنون ، 197-198.

- (1). الأستاذ شحاتة ، المرجع السابق ، ص .
- (2). الأستاذ السنهوري ، المرجع السابق ، ص 246. الأستاذ الدبو ، المرجع السابق ، ص 336.
- (3). الأستاذ الحكيم؛ المرجع السابق؛ ص 220 .
- (4). الكاساني ، المرجع السابق ، ج 6 ص 70 . هذا وأن حصة كل دائن تتحدد إما باتفاق بين الدائنين ، أو بموجب الشرع ، والاتفاق معروف فيما سبق ذكره ، أما بخصوص الشرع ، فالمشال على ذلك قواعد الميراث التي لا يجوز العتب بأنصبتها ، وإنما يقسم المال المشترك وفقها ، وكذلك بيع عين من أعيان التركة جملة واحدة ، ودون تحديد حصة كل منهم في

الدين؟ فقد تكون حصة أحد الدائنين مؤجلة ، وحصة الآخر حاضرة، فهنا يبقى المؤجل إلى أجله؟ أما إذا كان الدين جميعه حالا؛ فقد اختلف فقهاء الحنفية في ذلك إذ لم يجز أبو حنيفة للدائن أن يمنح غيره أجلاً في دفع حصته من الدين . وأجاز الصحابان للدائن أن يمنح المدين أجلاً معيناً لدفع حصته. وحجة الأول أن في منح الأجل بالنسبة لحصة الواحد يتعدى أثره حتماً إلى حصص الآخرين فيمنع الدائن منه ولو أنه دون الإبراء⁽¹⁾. أما عند الصحابين فطالما أن من حق الدائن أن يبرئ المدين تماماً من حصته ، فمن الأولى يستطيع أن يمنحه مجرد أجل⁽²⁾. والحكم هذا يقصد به عدم صدور التأجيل من أحد الدائنين رغم إرادة الباقيين . أما لو نشأ الدين في جزء منه مستحقاً والآخر مؤجلاً من بداية الأمر ؛ فلا بأس بذلك . وبرأي الإمام أخذت مجلة الأحكام العدلية في المادة (1112) إذ جاء فيها (ليس لأحد الدائنين أن يؤجل الدين المشترك بلا إذن الآخر)⁽³⁾. أما مرشد الحيران فقد أخذ برأي الصحابين ولكن كما يقول الأستاذ السنهوري بحق ، فقد قصره دون مبرر على الميراث كما ورد في المواد (187 ؛ 188 ؛ 189)⁽⁴⁾. وقد استمد القانون المدني العراقي حكم المادة 2/314 . وقد نصت المادة (306) مدني على (إذا أخذ أحد الشركاء من المدين كفيلاً بحصته في الدين المشترك ، أو إحالة المدين على الآخر ، فللشركاء أن يشاركوه في المبلغ الذي يأخذه من الكفيل أو المحال عليه). فبموجب هذه المادة يستطيع الدائن استيفاء حصته من كفيل المدين أو المحال عليه من قبل المدين . وكذلك يستطيع الدائن إحالة مدين له بحصته في حوالة حق ، كما له أن يستوفي حصته في الدين عن طريق الوفاء بمقابل، فيأخذ من المدين مالاً آخر بحصته ، بأن يشتره أو يستأجره⁽⁵⁾ ، كما نصت على ذلك المادتان (307 و308) ، ونص الأولى هو (إذا اشترى أحد الشركاء بحصته من المدين المشترك مالاً من المدين ، فشركاؤه مخيرون إن شاءوا ضمنوه ما أصاب حصصهم من ثمن ما اشتراه ، وإن شاءوا رجعوا بحصصهم على المدين). ونص الثانية (إذا استأجر أحد الشركاء بحصته من المدين الأول شيئاً ، صار قابضاً لحصته ، ولشركائه الخيار في تضمينه ما أصاب حصصه وفي اتباع المدين).

المال . ثم تحدد حصص الدائنين وفق قواعد الميراث . قرب الأستاذ الحكيم ، المرجع السابق ، ص 220 .

- (1). الأستاذ شحاتة ، المرجع السابق ، ص 236 . السرخسي ، المرجع السابق ، ج 21 ، ص 38.
- (2). ورد عن الكاساني قوله : (وجه قولهما ، أي الصحابين للإمام ، أن نصيبه ملكه ، فيملك التصرف فيه ؛ ولهذا ملك التصرف فيه ، إسقاطاً بالإبراء فالتأخير أولى لأنه دونه). ج 6 ص 66. وذكر السرخسي أن (وجه قولهما أن المؤخر تصرف في خالص نصيبه). ج 21 ص 37 .
- (3). الأستاذ سليم باز؛ المرجع السابق ؛ ص 617 . وقد نقل الأستاذ شحاتة حاشية الشرنبالي على مثلاً خسرو (وقال البرهان : تأجيل نصيبه موقوف على رضا شريكه عند أبي حنيفة ، ج 2 ص 402) . راجع: شحاتة المرجع السابق ؛ هامش ص 67 ص 247 .
- (4). الأستاذ السنهوري؛ المرجع السابق؛ هامش ص 3 ص 247.
- (5). الأستاذ السنهوري؛ المرجع السابق ؛ ص 249 .

بناء على ذلك فإن انقضاء الدين بأسباب الوفاء ، أو غير الوفاء فإن الذي ينقضي ، هو حصة أحد الدائنين ، فلا يحتج المدين على الدائن بانقضاء حصة دائن آخر مادام الدائن الأول لا يطالب إلا بحصته هو.

انعدام النيابة التبادلية بين الدائنين :

إن كل عمل يقوم به أحد الدائنين بخصوص الدين ، إما يقوم به لمصلحة نفسه فقط، فلا يستفيد منه بقية الدائنين ولا يضارون به . فالدائن لا يمثل بقية الدائنين عند قيامه بهذا العمل⁽¹⁾. فالدائنين في الدين المشترك لا تقوم بينهم نيابة تبادلية كما في التضامن⁽²⁾. فلو قطع أحد الدائنين التقادم فهو يقطعه في حق نفسه فقط ، ولا ينقطع بالنسبة لحصص الدائنين الآخرين، وتساءل أستاذنا الحكيم فيما إذا تم التقادم بالنسبة لحصص الدائنين ولم تسمع منهم الدعوى؟ فهل يشارك هؤلاء الدائن الذي توقف التقادم ، أو انقطع بالنسبة لحصته؟ وضرب لذلك المثال الآتي : إذا مات الدائن قبل مدة قصيرة من اكتمال التقادم عن ابنين ، أحدهما كبير تام الأهلية والثاني صغير ناقصها ، وبعد انقضاء هذه المدة ، طالب الابن سوية المدين بالدين . ولكن التقادم كان قد تم بالنسبة لابن الكبير ؛ أما بالنسبة للصغير فإنه يكون قد توقف . وعندئذ لا يستطيع الأول المطالبة بحصته ، بينما يستطيع الثاني ذلك . وتساءل هل يشارك الكبير أخاه الصغير في حصته؟ ثم أجاب بأن قواعد التقادم تمنع الابن الكبير من المطالبة بحصته ، وقواعد الدين المشترك تجيز له مشاركة أخيه فيما يقبضه ، لأن ما يقبضه أحد الشركاء في الدين يشاركه فيه الآخرون . ثم تساءل عن أي من القاعدتين ؛ واجبة الاتباع؟ قواعد التقادم⁽³⁾ ؟ أم قواعد الدين المشترك ؟ فقواعد المنطق القانوني تدعو إلى ترجيح التقادم ؛ لكي لا يؤدي العكس إلى تحميل الابن الصغير نتيجة إهمال أخيه الكبير في المطالبة بحصته . وبالتالي يجب عدم إعطاء الكبير الحق في مشاركة الصغير في حصته . وبعد أن وضع هذه الاعتراضات ، عاد فرد على هذه الاعتراضات بأن التقصير موجود في جانب كلا الأخوين ؛ والآن الدين لم ينقسم بعد ولا يزال مشتركاً وأن ما يحصل عليه أحد الأخوين يشاركه فيه الآخر ، والرد الأول غير مقنع تماماً ، فأين يا ترى التقصير في جانب الأخ الصغير؟ والحجة الثانية معقولة ومنطقية . وفضلاً على ذلك ، فإن قواعد التقادم تتعارض مع قواعد الدين المشترك . فالقاعدة العامة في الفقه الإسلامي انه (لا يسقط حق امرئ وإن قدم⁽⁴⁾).

(1). أستاذنا الحكيم؛ المرجع السابق؛ ص221.

(2). الأستاذ السنهوري؛ المرجع السابق ص249.

(3). فمتى ما تم التقادم سقطت الدعوى ؛ ولم يكن للدائن بعد ذلك أن يلجأ إلى طلب الحماية القانونية ؛ ولكن الحق يبقى وان كان بلا دعوى ؛ راجع أستاذنا الدكتور عبد المنعم البدرابي ؛ أثر مضي المدة في الالتزام؛ رسالة؛ القاهرة؛ مطبعة جامعة فؤاد الأول؛ 1950؛ ص246.

(4). أستاذنا الحكيم والبكري والبشير ؛ أحكام الالتزام؛ 1980؛ 310 (ويلاحظ أن الشريعة لا تعرف نظام التقادم؛ كما نعرفه

ولكن فقهاء الحنيفة والمالكية قرروا (عدم سماع الدعوى) بعد مرور مدة معينة تقرر تحديدها في عهد السلطان سليم العثماني بـ (15) عاما، وبهذا أخذت مجلة الأحكام العدلية العثمانية في المادة (1660) وبه أخذ المشرع العراقي⁽¹⁾. كما يمكن تعزيز الحجة الثانية بقواعد أخرى من الفقه على ما أورده الأستاذ شفيق شحاتة؛ في تطبيقات أحكام الدعوى في فقه صاحبين⁽²⁾ حيث يستطيع أحد الدائنين أن يحصل وحده على حكم بجميع المبلغ وعلى ذلك يكون الدائنون الآخرون قد استفادوا من الدعوى المرفوعة من شريكهم؛ ك، إذ أنهم لا يكلفون بعد ذلك بإثبات حقهم⁽³⁾ وهذا هو غاية ما يترتب على صدور الحكم بجميع المبلغ⁽⁴⁾ وبناء على ذلك، فإن أعذر أحد الدائنين المدين أو قاضاه؛ فهو إنما يفعل ذلك بالنسبة لحصته وحدها. ولكن هل يستفيد من ذلك بقية الدائنين وهذا السؤال له صلة وثيقة بالسؤال الذي طرحه أستاذنا الحكيم⁽⁵⁾ حول مدى استفادة بقية الدائنين من حكم حصل عليه أحد الدائنين على للمدين؟ وقد اختلفت الإجابة عنه بين رأيين، الأول هو ما ذهب إليه الأستاذ السنهوري من عدم جواز ذلك؛ إلا إذا كانوا الورثة؛ لأن كلا منهم يعتبر ممثلاً للآخرين⁽⁶⁾ والثاني يذهب إلى أن جميع الدائنين يستفيدون من هذا الحكم ولا يكلفون بعد ذلك بإثبات حقوقهم؛ لأن الدين المشترك ناشئ عن سبب قانوني واحد⁽⁷⁾ وحجة هذا الرأي هو أن الدين المشترك واحد عند نشوئه؛ أي أن سببه ومصدره واحد. فإذا أقام أحد الدائنين الدعوى لإثبات الدين وحصل على حكم لمصلحته؛ فيجب أن يستفيد باقي الدائنين من هذا الحكم. وذلك أن الدائن إنما حصل على حكم بالنسبة لأصل الدين لا بالنسبة لحصته فقط، ولما كان الدين لا يزال مشتركاً بين جميع الدائنين فإنهم يستفيدون منه حتماً⁽⁸⁾؛ ولنا حق السؤال إذا كان هذا هو الرأي الراجح فيما تقدم، فما هو الفرق بين إقامة الدعوى والإعذار؟ ألا يفترض

؛ لأن الحقوق فيها لا تسقط أصلاً).

- (1). المرجع السابق؛ ص 310.
- (2). الأستاذ شحاتة؛ المرجع السابق؛ ص 238 وما بعدها.
- (3). راجع: ابن قاضي سمادة؛ جامع الفصولين؛ طبعة بولاق؛ ج 1 ص 61 حيث يقول (قال أبو يوسف يقضي بنصيبهما). أيضاً: الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية؛ قاضي خان؛ ج 2 ص 369 وما بعدها.
- (4). ويذهب الأستاذ السنهوري إلى أن قطع التقادم على المدين؛ يكون بالنسبة لحصة الدائن؛ ولا ينقطع بالنسبة إلى حصص الآخرين. وكذلك وقف التقادم؟ راجع السنهوري؛ المرجع السابق؛ ص 249.
- (5). الحكيم؛ المرجع السابق؛ ص 222.
- (6). السنهوري؛ المرجع السابق؛ ص 205. الأستاذ منير القاضي؛ محاضرات في القانون المدني العراقي؛ 1953؛ معهد الدراسات العربية العالمية؛ ص 63.
- (7). الأستاذ الحكيم؛ المرجع السابق؛ ص 222. الأستاذ الذنون؛ المرجع السابق؛ ص 198.
- (8). الأستاذ الحكيم؛ المرجع السابق؛ ص 222.

أن يكون الحكم واحداً. ثم ألا تحتاج الدعوى إلى إعدار؟ فما يسرى على الدعوة يجب أن يسرى على الإعدار أيضاً. لذلك نرى أن كل واحد من الدائنين يصلح أن يكون خصماً في الدعوى بالدين المشترك؛ ولكن ليس له أن يستوفي أكثر من حصته⁽¹⁾.

ثانياً، علاقة الدائنين بعضهم ببعض:

إن القاعدة التي تحكم علاقة الدائنين بعضهم ببعض؛ هي أن الدائن الذي يقبض شيئاً من الدين المشترك؛ لا يستطيع الاحتفاظ به لنفسه؛ حتى لو كان ما قبضه أقل من حصته⁽²⁾. وإنما للدائنين الآخرين أن يشاركوه فيه عينا أو لهم أن يتبعوا المدين؛ فإن كان معسراً رجعوا على الدائن الذي قبض حصته فحملوه نصيبه في إعسار المدين.

مشاركة الدائنين الساكتين للدائن القابض في حصته:

في حالة قبض الدائن المطالب لحصته من الدين المشترك؛ فلهم حق المشاركة فيما قبضه هذا الدائن. وعلى ذلك نصت الفقرة الثانية من المادة 304 من القانون المدني العراقي ((2- فإذا قبض أحد الشركاء شيئاً من الدين المشترك فالشركاء الآخرون بالخيار إن شاءوا شاركوه فيما قبضه عينا ويتبعون هم والقابض المدين بما بقى لكل منهم في ذمته وإن شاءوا تركوا للقابض ما قبضه واتبعوا المدين بخصتهم)). فكل حصة مهما كان مقدارها قابلة لأن يقتسمها الشركاء جميعاً في الدين. وكما أن الدائنين الساكتين الحق في المشاركة؛ فإن لهم إذا اختاروا هذا الحق بالمشاركة كان لهم حق الرجوع بالضمان بنسبة حصة كل منهم، فيما لو تصرف الدائن القابض بخصته المقبوضة بالبيع أو بالهبة، أو غير ذلك من التصرفات أو كان قد استهلك هذه الحصة⁽³⁾. أما لو كان المقبوض عينا من الأعيان وتلفت في يد الدائن القابض بسبب أجنبي لا يدلله فيه؛ فإن القابض يعتبر مستوفياً لما قبضه؛ ويحسب عليه من حصته، ولا يرجع عليه بقيه الدائنين بشيء، ولا يبقى أمامهم عندئذ إلا الرجوع على المدين في بحصصهم في الدين المشترك⁽⁴⁾. وقد نصت على ذلك المادة (305).

(1). يحصر الأستاذ القاضي هذا الحكم بالدين الموروث فقط؛ ولا نرى ما يمنع من تعميمه على الأنواع الأخرى من الديون

المشتركة؛ راجع: الأستاذ القاضي المرجع السابق؛ ص 63.

(2). الحكيم؛ المرجع السابق؛ ص 223. الذنون؛ المرجع السابق؛ ص 197.

(3). السنهوري؛ المرجع السابق؛ ص 251. وقد ورد في الهداية (واصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين؛ إذا قبض أحدهما شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض؛ لأنه إذا زاد في القبض... وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق؛ فتصير كزيادة الولد والثمرة فله حق المشاركة). راجع المرغيباني؛ المرجع السابق؛ ج 3؛ ص 199. راجع أيضاً الشيخ نظام؛ الفتاوى الهندية؛ المرجع السابق؛ ج 2؛ ص 336.

(4). الحكيم المرجع السابق؛ ص 24. القاضي المرجع السابق؛ ص 63. هذا وقد علل الأستاذ القاضي عدم الرجوع فيما لو هلك

المقبوض في يد الدائن القابض واعتبار المقبوض الهالك من نصيب القابض وحده؛

من القانون المدني العراقي بما يأتي:

- إذا قبض أحد الشركاء حصته من الدين المشترك ، وأخرجها من يده بوجه من الوجوه أو استهلكها ، فللشركاء الآخرين أن يضمّنوه نصيبهم منها .
- أما إذا تلفت في يده بلا تقصير منه ، فلا يضمّن نصيب شركائه في المقبوض ويكون مستوفياً حقه . وما بقي من الدين بذمة المدين يكون للشركاء الآخرين)). والوفاء هنا إما أن يكون من جنس الدين ، أو أن يكون ما استوفاه الدائن ليس من جنس الدين . فإذا كان الثاني وكان المقبوض مقابلاً لحصة الدائن القابض ، فليس للدائنين الآخرين مشاركتة فيما قبض من المقابل ، بل لهم حق الرجوع عليه بالضمان بنسبة حصة كل منهم ، كما لو اتخذوا الوفاء بمقابل صورة عقد البيع⁽¹⁾ . فلو اشترى الدائن القابض حصته من الدين المشترك مألماً من المدين فشركاؤه مخيرون ، إن شاءوا ضمنوه ما أصاب حصصهم من ثمن ما اشتراه ، وإن شاءوا رجعوا بحصصهم على المدين وليس لهم أن يشاركوه في المال المشترك إلا إذا تراضوا على ذلك

== بان القياس هو أن يثبت للدائنين الساكتين حق خيار الرجوع ؛ لأنه قبض مالا مشتركاً بينهم . ولكن الاستحسان يميل إلى عدم الرجوع ؛ وجه الاستحسان انه لو صح لهم اختيار الرجوع عليه ؛ فاختراروا الرجوع يكونون قد أجازوا قبضه ؛ فتكون حصصهم أمانة في يده ؛ فاختراروا الرجوع يكونون قد أجازوا قبضه ، فتكون حصصهم أمانة في يده ، فلا يستحقون عليه ضمانا بهلاكها قبض ، لان الأمين لا يضمّن بلا تعد. فكان الأوجه اعتبار المقبوض بعد هلاكه من حصة القابض ! ولكن هذا التعديل محل نظر ؟ ! فقد افترض الأستاذ القاضي في حق الرجوع وجود معنى الإجازة الزمنية من الدائنين الساكتين للدائن القابض ، واعتبر وجود حصصهم في يده أمانة ، والأمين لا يضمّن ! ولكن هذا الافتراض في غير محله ، فما يقبضه الدائن القابض إنما هو جزء الحكيم المرجع السابق ؛ ص24. القاضي المرجع السابق ؛ ص63. هذا وقد علل الأستاذ القاضي عدم الرجوع فيما لو هلك المقبوض في يد الدائن القابض واعتبار المقبوض الهالك من نصيب القابض وحده ؛ بان القياس هو أن يثبت للدائنين الساكتين حق خيار الرجوع ؛ لأنه قبض مالا مشتركاً بينهم . ولكن الاستحسان يميل إلى عدم الرجوع ؛ وجه الاستحسان انه لو صح لهم اختيار الرجوع عليه ؛ فاختراروا الرجوع يكونون قد أجازوا قبضه ؛ فتكون حصصهم أمانة في يده أن يستحقون عليه ضمانا بهلاك ما قبض ، لان الأمين لا يضمّن بلا تعد . فكان الأوجه اعتبار المقبوض بعد هلاكه من حصة القابض !

ولكن هذا التعديل محل نظر ؟ ! فقد افترض الأستاذ القاضي في حق الرجوع وجود معنى الإجازة الزمنية من الدائنين الساكتين للدائن القابض ، واعتبر وجود حصصهم في يده أمانة ، والأمين لا يضمّن ! ولكن هذا الافتراض في غير محله ، فما يقبضه الدائن القابض إنما هو جزء من الدين فيكون مشتركاً بينهما وليس له أن يختص به إلا برضا صاحبه ، فكان الواجب هو رجوعهم عليه ولكن المقبوض هنا قد هلك ! والرجوع لا يجوز هنا إلا إذا كان ما حصل عليه الدائن ذا قيمة مالية ، والدائن القابض هنا لم يدخل في ذمته شيء ؛ لأن المقبوض قد تلف ، والمال التالف يكون هنا من حصة القابض فقط ، ولا يرجع عليه بقية الدائنين بشيء ولا يبقى أمامهم عندئذ إلا الرجوع على المدين بحصصهم في الدين المشترك .

(1). السنهوري، المرجع السابق، ص 251 ؛ السرخسي، المرجع السابق، ج21 ، ص 41.

كما ورد في المادة (307) من القانون المدني العراقي⁽¹⁾.
وتعليق ذلك أنه بالشراء وما شابه، يكون قد استقر في ذمة الدائن القابض ثمن البيع، ثم ألقى ذلك تقاصاً مع حصته، فكان ذلك في حكم وفاء الدين بما يمكن الاشتراك فيه وهو الثمن.

الصلح بين المدين وأحد الدائنين بالدين المشترك :

وفي حالة الصلح بين الدائن القابض والمدين على حصته، فيجب التفرقة هنا بين ما إذا كان بدل الصلح من جنس الدين، فللشركاء الحق في مشاركة الدائن القابض في بدل الصلح، أو متابعة الدين. أما إذا كان المقبوض من غير جنس الدين، فلا يصح الرجوع إذا اتخذ الوفاء بمقابل كعقد النكاح أو الخلع أو الصلح عن جنابة⁽²⁾. أما في غيرها من أحوال الصلح، فإن الدائن المصلح يقبض عادةً ما هو دون الحصة الأصلية من الدين المشترك، كما لو كانت حصته من الدين المشترك ألف دينار، فصالحه على ستمائة دينار، أو على عين أو ثوب فإن للشريك الساكت نصف قيمة هذه العين أو الثوب، وليس نفس الدين الأصلي إذا كان الدائنون إثنين. والدائن الساكت إذا ما رجع هنا على الدائن القابض، كان بمعنى إجازة الصلح⁽³⁾. ولذلك تسري عليه شروطه،

(1). السنهوري، المرجع السابق، ص 252؛ الحكيم، المرجع السابق، ص 225؛ شحاتة، المرجع السابق، ص 242؛ الذنون، المرجع السابق، ص 220؛ القاضي، المرجع السابق، ص 64. ومن الجدير بالذكر أن الأستاذ الدبو قد تابع آراء المذاهب الإسلامية في هذه المسألة وهو يسجل ثلاثة آراء، الأول هو ما ذكرناه في المتن، وهو رأي الحنفية ووافقهم المالكية والثاني للجعفرية وهو يعطي الحق للشريك القابض بالاختصاص فيما اشتراه، ولا يحق للشريك الساكت الرجوع عليه بشيء، وهو قول ابن القيم الجوزية من الحنابلة أيضاً. =

(2) = والثالث وهو يعطي الحق للدائن الساكت في إبطال العقد هنا، وهو قول الحنابلة، وبعد مناقشته لهذه الآراء رجع قول الحنفية، لأنه أكثر انسجاماً مع قواعد الدين المشترك عامة، وبه أخذ القانون المدني العراقي، راجع: الأستاذ إبراهيم الدبو، المرجع السابق، ص 348 وما بعدها.

1. شحاتة، المرجع السابق، ص 244.

آ. في صورة عقد النكاح، لا يلزم الدائن المصالح بشيء، لأنه لم يقبض من صلحه هذا، مقابل حصته شيئاً مضموناً يقبل الشركة، وقبول النكاح هنا ليس بمال متقوم فلا يكون مضموناً على أحد فلا يقبل الشركة، راجع: الزيلعي، المرجع السابق، ج5، ص 47.

ب. وفي الخلع، فلو كان الدائن المصالح امرأة، وخالعت زوجها المدين بالدين المشترك بحصتها من هذا الدين فإن الشريك لها في الدين لا يرجع بشيء لأنها لم تقبض هنا شيئاً مادياً محسوساً، وإنما هو طلاقها، وهو هنا بمثابة الإبراء، والإبراء إسقاط، فلم يسلم للدائن المبرئ شيء يمكن الاشتراك فيه، راجع السرخسي، المرجع السابق، ط2، ص 43.

(3).

ج. أما في الصلح عن جنابة، فلا رجوع للدائن الساكت على الشريك المصالح بشيء، لأن هذا الصلح ليس في مقابلته بدل مضمون، فلم يسلم له ما تصح المشاركة فيه، فلا يلزم بشيء، راجع: الكاساني، المرجع السابق، ج6، ص 67.

فتنخفض حصته بنسبة انخفاض حصة القابض ويكون قد اشترك في التبرع بما تمّ حطه من أصل الدين⁽¹⁾. ويحق هنا للدائن القابض أن يمتنع عن مشاركته للدائن الساكت فيما صالح عليه ، ويحتفظ بالمقبوض من المدين له وحده . ولكن للشريك الساكت هنا حق الرجوع على المدين بنصيبه كاملاً غير منقوص ، أي نصيبه في مبلغ الدين المشترك ، وليس في الشيء المقبوض الذي تكون قيمته هنا عادةً أقل من الدين⁽²⁾.

المقاصة بين حصة أحد الدائنين بالدين المشترك والمدين :

إذا ترتبت للمقاصة بين دين أحد دائني الدين المشترك والمدين ، فإذا كان الدين قد يثبت في ذمة المدين قبل ثبوت حقه في ذمة الدائن ، فإن الدائن يكون مستوفياً لخصته من الدين عن طريق الحق الثابت في ذمته للمدين ، وللدائنين الساكتين مشاركته في هذا الحق المستوفي به دينه . أما إذا كان الدين قد ثبت في ذمة المدين بعد أن ثبت حقه في ذمة الدائن ، فيكون المدين هو الذي استوفى حقه من الدائن بحصة هذا الدائن في الدين المشترك ، وليس للدائنين الآخرين أن يرجعوا بحصصهم على شريكهم⁽³⁾ ، ولا رجوع فيما لو كانت المقاصة قد سببها دين نشأ عن جريمة وقعت على النفس ، أو على المال حتى لو كانت المسؤولية عن هذه الجريمة نتيجة تحمل التبعة .

وقد تكون المقاصة ناشئة عن دين المدين الذي نشأ في ذمة أحد الدائنين في الدين المشترك نتيجة الضرر الذي أوقعه على النفس أو المال⁽⁴⁾. وقد تناولت المادة (1/312) من القانون المدني

السرخسي ، المرجع السابق ، ج21 ، ص 41 .

(1). الأستاذ علي الخفيف ، الشركات في الفقه الإسلامي ، معهد الدراسات العربية العالية ، 1962 ، القاهرة ، ص 13.

(2). شحاته ، المرجع السابق ، ص 246 ؛ الكاساني ، ج6 ، ص 66.

(3). الأستاذ السنهوري ، المرجع السابق ، ص 253-254 ، وقد استند الأستاذ السنهوري إلى النصوص الفقهية التي نقلها الأستاذ

شفيق شحاته ، في رسالته (النظرية العامة للالتزامات في الفقه الإسلامي) عن فقهاء المذهب الحنفي ، فتصور أن هناك خلافاً في الفقه الإسلامي حول جواز رجوع الشركاء على الشريك الذي سقطت حصته بالمقاصة ، ولكن مراجعة تلك النصوص توحي بأن الخلاف هو داخل المذهب الحنفي ، وهو اختلاف في النقل عن أئمة المذهب ، أي اختلاف بين ظاهر الرواية في حالة المقاصة بين الدين والمهر في عقد الزواج ، فلو استوفى الدائن (الزوج) دينه من المدين (الزوجة) بطريق المقاصة بينه وبين ما ثبت في ذمته من مهر ، وتصير المدينة قاضية به نصيب الدائن بالدين المشترك ، فحجة أصحاب هذه الرواية أن باقي الدائنين يرجعون على الزوج بمقدار نصيبهم فيه ، أن النكاح أوجب المهر في ذمة الزوج ، وله في ذمتها (الزوجة المدينة) مثله فصار قصاصاً بدينه ، أي كما يقول الفقهاء المسلمون .. فقد وجب لها على الزوج بالنكاح مثل ما له عليها فالتقيا قصاصاً فصار الزوج مقضياً نصيبه من الدين. (رضي الدين السرخسي ، المحيط ، ج6 ، 2/71 ، نقلاً عن : الأستاذ شحاته ، هامش ص 47 ؛ الميرغيناني ، ج7 ، ص 404). ==

(4).== وهذا الرأي ينسب إلى الإمام الشيباني وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف وروى عنه أيضاً في غير ظاهر الرواية ، أن

العراقي ترتيب الحكم فيما لو كان الضرر واقعاً على المال حيث ورد نصها كما يأتي :

- إذا أتلّف أحد الشركاء في دن مشترك مالاً للمدين وتقصا بحصته ضماناً فلشركائه أخذ نصيبهم منه . أما في حالة إتلاف النفس أو ما هو دون النفس فالنص ساكت عن بيان حكمه ، وإذن فلا حاجة من الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي ، حيث نجد أن الفقهاء لا يجيزون الرجوع في هذه الحالة أي في حالة إتلاف النفس وما هو دون النفس . وسبب ذلك أنه قد وجب للمطلوب (المدين) على الجاني مثل ما عليه من الدين فالتقى الدينان قصاصاً . فيبرأ المطلوب (المدين) من حصة الجاني بالدين المشترك ، ولا شيء لشريكه عليه لأن الجاني وإن صار مقاضياً نصيبه من الدين ، لأنه صاحب أول الدينين إلا أنه لم يستفد بهذا الاقتضاء مالاً عينياً لا عين له حكم المال ، وإنما ملك إرثاً واجباً ديناً في ذمة المطلوب (المدين) ، هذا في جناية النفس أو ما دونها⁽¹⁾.

الدائنين الساكتين لا يرجعون على الزوجة في هذه الحالة بشيء . ووجه هذا الرأي أن العقد هنا لم ينشئ حقاً شخصياً تقع المقاصة بينه وبين حصة الزوج ، بل أن حصة الزوج هنا قد انتقلت ملكيتها للزوجة (المدينة) على سبيل المهر ؟ وأضافوا إلى ذلك ، أن النكاح متى ما أضيف إلى دين في ذمة الزوجة (المدينة) تعلق هذا الدين ، بعين الدين المضاف إليه ، فصار ذلك الدين ملكاً للمدينة بالنكاح ، فسقط عنها ، فلم يكن الزوج مقتضياً للدين ، أي أن القبض ليس حقيقياً وإنما هو قبض حكمي ، فهو لم يقبض شيئاً وإنما قضى الدين الذي عليه هنا .

ولكن هل يستقيم هذا التعليل مع القواعد العامة في الفقه الإسلامي ؟ فلو رجعنا إلى تحليل المقاصة في الفقه الإسلامي نجد أن هذا التحليل قائم على إنهاء وفاء دين بدين ، لا وفاء دينين في آنٍ واحد فإذا ما وجد دينان في وقتٍ واحد وتوافرت شروط المقاصة ينقضي الالتزام السابق في التاريخ . أما الالتزام اللاحق فهو الأداة التي تم بواسطتها الوفاء فلا يستطيع الدائن اللاحق أن يطالب بشيء بعد المقاصة لأن المفروض أنه قد تنازل عن حقه (راجع الأستاذ شحاتة ، هامش 90 ، ص 249 ؛ السرخسي ، المرجع السابق ، جـ 21 ، ص 40 ؛ الكاساني ، جـ 6 ، ص 67) . ولو طبقنا القولين السابقين على هذه القواعد ألا ترى أن القول الذاهب إلى وجود المشاركة هو الجدير بالاعتبار .

2. يرى الأستاذ السنهوري ، أن نص المادة (1/312) من القانون المدني العراقي لم يقصد به مجرد الاقتصاص على حالة إتلاف المال دون إتلاف النفس ، وإن النص العراقي لم يشر إلى إتلاف المال إلا أنه الواقع غالباً في العمل . وإنه لا ضير من قياس إتلاف النفس على إتلاف المال . في حين يرى الأستاذ الذنون بحق أن نص المادة المذكورة يشعر بالفرقة بين الضرر الواقع على النفس ، وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن الثاني أن يرجع على الدائن الأول بشيء ، وبين الضرر الواقع على المال ، وفي هذه الحالة يجوز الرجوع عليه . فالنص قاصر على جواز الرجوع في حالة ما إذا أتلّف الدائن مالاً للمدين . == (1) == أما في حالة إتلاف النفس أو ما هو دون النفس ، فالنص ساكت عن بيان حكمه ، لذلك لا مناص من الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي ، ونجد أن الفقهاء لا يجيزون الرجوع في هذه الحالة ، وقد انتقد المشرع العراقي بهذا ، ويجد أن الأجدر به إجازة الرجوع سواءً أوقع الضرر على المال أم على النفس .. راجع السنهوري ، المرجع السابق ، هامش (1) ، ص 254 ، الذنون ، المرجع السابق ، ص 204 .

1. السرخسي ، المرجع السابق ، جـ 21 ، ص 40 ؛ (مبسوط السيبياني / ص 1/385 ؛ رض الدين السرخسي ، المحيط ، جـ 6 ، ص

ولم ينظم مرشد الحيران هذه الحالة ضمن مواده ، فلم يتناولها المشرع العراقي بالذکر
تماشياً مع نصوص مرشد الحيران .

أما في جنابة المال فقد اختلفت الرواية عن فقهاء المذهب الحنفي فيها ، فالأولى عن
الشييباني وأبي يوسف أنه لا رجوع للدائن الساكت على الدائن الفاعل لأن المال الهالك إنما هو من
حصّة الدائن الفاعل للجنابة ، ولا يضمن لشريكه الآخر شيئاً لأنه لم يقبض شيئاً بيده⁽¹⁾ . وحجتهم
في ذلك أن الضمان يحصل بالقبض ، فيستند إليه بينما هو هنا قد أتلّف في يد المالك له من
غير قبض فلا يمكن الرجوع إلى الفاعل⁽²⁾ . أما الرواية الثانية عن الشييباني فتقول بجواز الرجوع
استناداً إلى مبدأ انتقال الملك بالتضمين ، فهو هنا بالإتلاف صار قابضاً متلفاً للمال ويكون ذلك
مضموناً فيكون كالغصب⁽³⁾ . وهكذا يبدو أن الخلاف الفقهي منصب على مدار اعتبار الإتلاف
بمثابة قبض أم لا ؟ وبهذه الرواية الثانية أخذ المشرع العراقي في المادة (1/312) تأسيساً بالمادة
(177) من مرشد الحيران . ويتضح من ذلك أن رأي الأستاذ السنهوري من عدم التمييز في العمل
غير المشروع بين الضرر الواقع على المال والضرر الواقع على النفس ، لا تسعفه النصوص الفقهية
والحجج التي ساقوها لهذه التفرقة⁽⁴⁾ . كما لا وجه لنقد الأستاذ الذنون لنص المادة (1/312) من
القانون المدني العراقي حيث يقول (وعندي أن هذه التفرقة منتقدة وكان الأجدر بالمشرع العراقي
أن يجيز الرجوع سواء أوقع الضرر على المال أم على النفس)⁽⁵⁾ ، بل كان الأجدر هو انتقاد المشرع
العراقي لانسياقه وراء نصوص مرشد الحيران ، فلم يتناول موضوع الجنابة على النفس بحكم بدلاً
من السكوت عنه كما فعل صاحب مرشد الحيران .

تأجيل أحد الدائنين لحصته من الدين المشترك :

أما فيما يتعلق بإمكانية تأجيل أحد الدائنين حصته من الدين المشترك فقد انقسم فقهاء
المذهب الحنفي إلى رأي يمثله (أبو حنيفة) وهو عدم جواز تأجيل الدائن لحصته ، إذ يرى أن
ذلك من قبيل قسمة الدين قبل قبضه وهي غير جائزة ، لأن الدين اسم لفعل واجب وهو فعل
التسليم ، والدين هو مال حكمي واجب في الذمة وكل ذلك عدم في واقع الوجود ، إلا أنه أعطى
حكم الوجود للحاجة وحيث إن أساس القسمة هو التمييز والإفراز ، وذلك بأن يصير نصيب كل
واحد من الشركاء في حيز ، وفي جهة غير جهات الأنصبة الأخرى ، وهذا متصور في الأعيان ، لأن

1/70 ؛ ابن البرزاق الكردي ، الفتاوى البرزاقية بهامش الهندية ، ج6 ، ص 34 ؛ محمود بن أحمد الملقب ببرهان الدين ،

الذخيرة البرهانية ، نقلاً عن الأستاذ شحاتة ، المرجع السابق ، ج7 ، ص 260 .

(1). السرخسي ، المرجع السابق ، ج21 ، ص 40 ؛ الزيلعي ، ج5 ، ص 47 ؛ ابن نجيم ، المرجع السابق ، ج7 ، ص 260 .

(2). الكاساني ، المرجع السابق ، ج6 ، ص 68 ؛ الشيخ نظام ، المرجع السابق ، ج2 ، ص 239 ؛ الأستاذ شحاتة ، المرجع السابق

، ص 250 .

(3). السرخسي ، المرجع ، ج21 ، ص 41 ؛ الأستاذ شحاتة ، المرجع السابق ، ص 251 .

(4). راجع الأستاذ السنهوري ، المرجع السابق ، ص 254 ، هامش (1) .

(5). راجع الأستاذ الذنون ، المرجع السابق ، ص 204-205 .

الإفراز فعل حسي لا يوجد إلا في الحسبان وهو غير متصور في الدين ولذلك فإن القسمة لا تتم إلا بالقبض ، وقبض ما في الذمة غير ممكن ما دام في الذمة .. ولأن القسمة تتضمن المبادلة والتملك لأن كل شريك يملك صاحبه ماله فيما أعطي له من حظ نظير تملكه لما أعطي له من حصة لصاحبه في حظه وتمليك الدين لغير من عليه لا يجوز⁽¹⁾. ولكن الرد على هذا الرأي أن تأجيل الدين ليس من قبيل القسمة إذ أنه ليس إلا مجرد امتناع عن المطالبة بالدين مدة من الزمان، وذلك أمر يتعلق بإرادة الدائن ولا يمس الدين إلا عرضاً، وقد يمتنع الدائن عن المطالبة بالدين، ولا يعد ذلك قسمة ولا تمييزاً في الدين ذاته . وكل الذي يترتب على هذا التأجيل هو اختلاف حال الدائنين المشتركين فأحدهما يكون له حق المطالبة بحصته ، والآخر لا يكون له حق المطالبة بحصته ، وليس لذلك أثر في الدين نفسه ، ولا يترتب على ذلك قسمة في الدين إلى جزأين منفصل أحدهما عن الآخر⁽²⁾ . والدليل على صحة هذا النقد أن ما يقبضه الدائن الذي لم يؤجل دينه لا يسلم له إلا بإرادة صاحبه الذي أجل حصته ، إذ يجوز لصاحبه هذا أن يرجع فيما قبض عند حلول أجل حصته اتفاقاً على أساس الاشتراك بينهما . وهذا يدل على أن الوفاء لم يكن وفاء عن حصة القابض خاصة حتى يكون من وراء ذلك قسمة للدين ، بل كان وفاء لجزء مشترك من الدين ، لذلك يكون لغير القابض أن يرجع على القابض بحصته فيما قبض في الحال⁽³⁾ .

أما عند صاحبين ، فيجوز للشريك في الدين أن يؤجل حصته من الدين المشترك لأنه إذا جاز له أن يبرئ صاحبه ، فأولى أن يؤجله في وفائها إذ التأجيل إسقاط لحق المطالبة بالدين إلى حين ذلك دون أثر الإبراء الذي هو إسقاط للدين والمطالبة به جميعاً . ولذلك كان لغير القابض أن يرجع على القابض بحصته فيما قبض عند حلول أجل حصته عندهما ، لأنه يكون قد أسقط حقه في المطالبة بحصته بتأجيلها ، فلا يجوز له المطالبة بها قبل حلول أجلها ، لأن الدين المؤجل لا تجوز المطالبة به قبل أجله . ولكن لو حلَّ الأجل كان له مطالبة القابض بحصته فيما قبض ، كما يكون له الخيار اتفاقاً في أن يترك للقابض ما قبضه ويرجع بحصته على المدين⁽⁴⁾ .

(1). الأستاذ الخفيف ، الشركات ، ص 10 .

(2). المرجع السابق ، ص 10-11 .

(3). الكاساني ، المرجع السابق ، ج6 ، ص 67-70 ؛ الزيلعي ، المرجع السابق ، ج5 ، ص 45 ؛ هذا وقد نصت المادة (112) من مجلة الأحكام العدلية على أنه (ليس لأحد الدائنين أن يؤجل الدين المشترك بلا إرادة الآخر) ، وعلق الأستاذ علي حيدر على هذه المادة بأنه لو صحَّ التأجيل في الحصتين لصار تصرفاً في حق شريكه بدون إذنه ، وإن صحَّ في حصة المؤجل لأدى إلى قسمة الدين قبل قبضه . وعلى ذلك إذا أجل أحد الدائنين المشترك كلاً أو بعضاً ثم قبض الشريك الآخر بعض الدين فللشريك الذي أجل أن يشاركه فيما قبض إن لم يحل الأجل لأن الأجل باطل؟ الأستاذ علي حيدر ، المرجع السابق ، ص 6 .

(4). الأستاذ الخفيف ، المرجع السابق ، ج2 ، ص 15-16 ؛ الكاساني ، المرجع السابق ، ج6 ، ص 70 ، أيضاً ج7 ، ص 196 . هذا ولم يشر القانون المدني العراقي إلى حكم التأجيل ، مع العلم أن المادة (187) من مرشد الحيران قد نصت على ما يأتي

حق الرجوع في حالة إعسار المدين:

عرفنا أن القاعدة الأساسية في نظام الدين المشترك هي عموماً حق الدائنين في الخيار بين مشاركة الدائن القابض في حصته التي قبضها من المدين ، وبين ترك هذه الحصة له وذلك بالرجوع على المدين بحصصهم . وقد ذكر هذا الحكم في الفقرة الثالثة من المادة (304) من القانون المدني العراقي كما يأتي : فإن اختاروا متابعة المدين فلا يرجعون على القابض بشيء إلا إذا تساوى نصيبهم فيرجعون عندئذٍ على القابض بحصصهم فيما قبضه ويأخذون منه مثل المقبوض لا عينه . فالشركاء الآخرون بالخيار ، إن شاءوا شاركوه فيما قبض عيناً ويتبعون هم والقابض المدين بما بقى لكل منهم في ذمته ، وإن شاركوا تركوا للقابض ما قبضه واتبعوا المدين بحصصهم⁽¹⁾ . ولو أن أحد الدائنين قبض شيئاً من الدين المشترك وتصرف فيه بأحد التصرفات أو استهلكه ، فللدائن المشارك أن يرجع عليه بالضمان بنسبة حصته . وهذا الرجوع على الدائن القابض يسري أياً كانت كيفية استفتاء الدائن القابض لخصته ، طالما كان ذلك في الإمكان ، ففي حالة الإيفاء بمقابل وليس بمحل الالتزام ، فإن الرجوع لا يجوز إلا في حالة حوّل الدائن على ماله قيمة مالية كما لو أتخذ الوفاء بمقابل صورة عقد البيع⁽²⁾ .

وإذا اختار الدائن الساكت الرجوع على المدين ، فوجده معسراً ، تحمل الدائن الساكت والدائن القابض هذا الإعسار كل بنسبة حصته من الدين ، وذلك برجوع الأول على الثاني ، وهذا الرجوع يحصل لو انقضت حصته بأي طريق طالما أخذ مقابلاً لخصته ، أما إذا انقضت حصة الدائن في الدين المشترك دون أن يقبض شيئاً ، كما في الإبراء مثلاً ، فالدائن لا يتحمل نصيباً في إعسار المدين وإعسار المدين يجعل هذا التنازل لاغياً⁽³⁾ . والرجوع من الدائن الساكت لا يكون إلا على الدائن القابض ، ولا توجه المطالبة إلى غيره . ولو رجع الدائن الساكت على الدائن القابض لمشاركته في حصته ، فإن الرجوع سوف يفقده بعض الشيء الذي قبضه ، مما يؤدي إلى رجوع الدائن القابض على المدين مرة أخرى ، ثم يرجع عليه الدائن الساكت ثانيةً وهكذا حتى يفني بالدين وفي ذلك يقول الكاساني (ما قبض الشريك من شريكه يكون قدر ذلك للقابض ديناً على الغريم)⁽⁴⁾ .

: (إذا كان الدين المشترك موروثاً فلا يجوز لأحد الشريكين أن يؤجل حصة شريكه بلا إذن وله أن يؤجل حصته) . وليس هناك من سبب معقول لعدم إيراد هذا النص في متن القانون العراقي مع أن نصوص الدين المشترك قد أخذت من مرشد الحيران ؟

(1). الأستاذ السنهوري ، المرجع السابق ، ص 258 ؛ أستاذنا الحكيم ، المرجع السابق ، ص 228-229.

(2). السرخسي ، المرجع السابق ، ج 21 ، ص 41 ؛ الأستاذ شحاتة ، المرجع السابق ، ص 242.

(3). الكاساني ، المرجع السابق ، ج 6 ، ص 66 ؛ الزيلعي ، المرجع السابق ، ج 5 ، ص 46 ؛ الميرغيناني ، المرجع السابق ، ج 7 ،

ص 404 .

(4). الأستاذ شحاتة ، المرجع السابق ، ص 261.

وعلى ذلك فإن الدائن لا تخلص له حصته التي تسلمها من المدين لأنه مهدد بالرجوع والمدين أيضاً يبقى مهدداً بمطالبة جديدة وهكذا طالما لم تصل للدائنين حقوقهم كاملة⁽¹⁾.

هذا ويؤدي الرجوع إلى استفادة الدائن الساكت من مطالبة الدائن القابض لحصته ، كما يستفيد أيضاً من الوفاء المعجل ومن التأمينات المعطاة فيه ، فضلاً عن خضوعه لشروط الصلح التي أبرمها الدائن القابض ، ورجع عليه الدائن الساكت بموجبها⁽²⁾.

الرجوع حق لكل دائن شريك ، ولكن ليس للدائن أن يرجع على شريكه فيما دفع قضاء عن المدين ، فليس من المعقول أن يقوم بالدفع ومشاركة الدائن الساكت له فيما قبض ، ثم يرجع هو أيضاً عليه بما دفع له من حصته ؟ وليس لمن وصل إليه حقه أن يرجع على شريكه ، ولو أن الوفاء قد أدى لها الأخير من صنف أجدود من الأول ، كما لو كان الدين تمراً مثلاً⁽³⁾ .
إذاً حق الرجوع يكون دائماً للدائن الذي لم يقبض ، لا للدائن القابض⁽⁴⁾ . ولو كان ما قبضه هو دون ما قبض الآخر من حيث الجودة ، وطبعاً هذا لا يتصور لو كان الدين المشترك نقداً ، وإنما يتصور حصوله لو كان الدين من المثليات .

ولو منح الدائن للمدين أجلاً معيناً ، فلا رجوع له إلا عند حلول الأجل وبذلك يكون القابض مضطراً إلى تحديد المطالبة ضد المدين عند حلول الأجل رغم أن نصيبه هو مال ، وفي ذلك يقول السرخسي (والدليل على أن تأجيله يصادف بعض نصيب شريكه أن الآخر إذا قبض نصيبه ثم حل الأجل ، كان للمؤخر أن يشاركه في المقبوض ويكون ما بقي مشتركاً بينهما والباقي هو ما كان مؤجلاً)⁽⁵⁾ .

الطبيعة القانونية لنظام الدين المشترك :

شغلت الطبيعة القانونية لنظام الدين المشترك كثير من الفقهاء قديماً وحديثاً ، فالكاساني ذهب إلى أن رجوع الدائن الساكت على الدائن القابض عند إعسار المدين ، يجعله يفقد حقه في الشيء المقبوض عيناً ، لأن هذا الشيء المقبوض قد استقر في ملك الدائن القابض بالتسليم ، ولكن الدائن

(1). الأستاذ شحاتة ، المرجع السابق ، ص 262.

(2). أورد في ذلك الكاساني (لو كان الدين في الأصل منهما جميعاً مؤجلاً فأخذ أحدهما شيئاً قبل حل الأجل ، شاركه فيه صاحبه لأنه لما أخذ شيئاً قبل حل الأجل فقط سقط على قدر المقبوض وصار حالاً فصار المقبوض من النصيبين جميعاً فيشاركه فيه احبه كما في الدين الحال) . الكاساني ، جـ 7 ، ص 196.

(3). الأستاذ شحاتة ، المرجع السابق ، ص 256 ؛ الشيخ نظام ، المرجع السابق ، جـ 2 ، ص 341؛ الكاساني ، المرجع السابق ، جـ 6 ، ص 67 .

(4). ولو هلك حصه الدائن القابض بقوة قاهرة ، فرجع الدائن الساكت لا يكون هنا جائزاً ، الشيخ نظام ، المرجع السابق ، جـ 2 ، ص 341 .

(5). السرخسي ، المرجع السابق ، جـ 21 ، ص 27 و ص 38 .

الساكت يرجع بمثل ماله لا في عين المقبوض ، ويكون الدين قد تحدد لغير القابض بسبب الإعسار ضمان آخر ، فيثبت له بسبب ذلك في ذمة القابض حق جديد ثبت له هو حق رجوعه على القابض فكان شأنه شأن كل الديون⁽¹⁾.

وذهب (قاضي زاده) إلى أن حق الشريك الساكت إن كان باقياً في ذمة الغريم وكان ما استوفاه القابض نصيب نفسه حقيقة كان ثبوت حق المشاركة للساكت فيما استوفاه القابض مشكلاً غير معقول المعنى . وقد رد على سؤاله بأن الفقهاء كانوا يتبعون نهجاً مألوفاً في المسائل ذات الشبهين ، وهو اعتبار الوجهين حتى لو كانا متناقضين أي يذكرون تبريرات للوجهين معاً⁽²⁾. فحين رأوا أن ذمة المدين مشغولة بحصة معلومة القدر من الدين ، وإن لصاحبها حق اقتضاؤها وقبضها لأنها ملك له ، راعوا ذلك فجعلوا قبضه ما هو في حدود حصته استيفاء لحقه لتحقيق الوفاء شرعاً وذلك لمساواته الحق الواجب في الذمة ، فكان أدأؤه أداء لما وجب وسقط بذلك حقه⁽³⁾. ويرى الأستاذ الخفيف أنهم حين ذهبوا إلى عدم جواز قسمة الدين قبل قبضه وأن الدين هنا دين مشترك يشترك في كل جزء منه الشريكان فيه ، وأن أحد الشريكين ليس وكيلاً عن صاحبه في اقتضائه ولا في قبضه اضطروا أن يجعلوا المقبوض مشتركاً لأنه جزء من الدين المشترك وأن يكون بين القابض وصاحبه على نسبة ما لكل منهما في الدين ما لم يتنازل غير القابض عن حقه في الرجوع⁽⁴⁾.

(1). الكاساني ، المرجع السابق ، ج6 ، ص 66 ، وقد اعترض الأستاذ علي الخفيف على هذا التعليل لأن غير القابض حين سلم للقابض ما قبض قد رضي بأصل حقه لدى مدينه ولم يأخذه بدلاً حتى تشتط له السلامة في الوصول إلى حقه ، ولم يكن له حق الرجوع إلا لدفع ضرر متوقع رضي به فكيف يتجدد له حق جديد وبأي سبب (الأستاذ الخفيف ، الشركات ، ص 16) .

ويمكن القول هنا ، أن التجديد يكون في هذه الحالة بتغيير محل الدين فبعد أن كان محل الدين هو الحصة المقبوضة منه ، ولما كانت هذه الحصة قد دخلت في ذلك الدائن القابض بالتسليم ، واستقرت في ملكه بعد أن ترك المطالبة بحقه فيها الدائن الساكت . هنا ينتقل محل الدين من هذه الحصة إلى الضمان الواجب لحصة الدائن الساكت في الدين المشترك التي عجز عن استيفائها من المدين المعسر . أما السبب الذي تساءل عنه الأستاذ الخفيف فهو الوصول إلى حقه بمشاركة القابض بعد أن تعذر عليه ذلك من المدين المعسر .

(2). يأخذ الأستاذ شفيق شحاتة على هذا التعليل بأن (التصور القانوني) لا يتعين خضوعه في صناعة الفقه الإسلامي إلى فكرة (الوحدة) ، راجع : الأستاذ شحاتة ، المرجع السابق ، ص 263 ، وهذا الكلام محل نظر ؟

(3) == فالمعروف أن الفقه الإسلامي لم ينشأ تاريخياً عن بحث علمي بل هو وليد القضايا العملية ، هذه القضايا العملية وجدت قبل أن توجد المبادئ العامة والقواعد الكلية وإن علم الفقه الإسلامي لم يبن على النظريات في بدء نشوئه ، بل كان بناؤه على المسائل التي عرت والمسائل التي افترضها الفقهاء على طريقتهم وأصولهم وأداتهم ، المحمصاني ، المرجع السابق ، ج1 ، ص 21.

2. قاضي زاده ، مجمع الأنهر ، ج6 ، ص 405.

(4). الخفيف ، الشركات ، ص 16.

ومشكلة قسم الدين المشترك شغلت بال الفقهاء فأبي حنيفة لا يرى قسمة الدين⁽¹⁾، لأن الديون أوصاف في ذمم المدنين والأوصاف لا تقبل الانقسام فما قبضه كل واحد من الدائنين إنما يقبضه مالاً مشتركاً على أن أحد الدائنين له حق المطالبة بحصته ، فالدائن هنا إذن حينما يقبض حصته، إنما هو مطالب ضمناً بقسمته أو القسمة لا تتم إلا برضاء الشركاء أو بحكم القضاء ؟ فإذا رجع الباقيون كان معنى ذلك عدم رضائهم بالقسمة وإذا فضلوا الرجوع على الدائنين فكأنما أجازوا هذه القسمة فتسلم له حصته التي قبضها⁽²⁾. وتصور بعضهم الآخر أن القسمة هنا تقع ضمنية⁽³⁾ في حالة إنقضاء الإلتزام بالنسبة لحصة أحد الدائنين . ولكن هذا الافتراض هو من قبيل العبث لأن القسمة تقضي وجود النصيبين معاً . في حين أن إحدى الحصتين هنا غير موجودة . لذا لا يمكن تصور القسمة الضمنية . فالدائن الساكت يستطيع الرجوع على القابض . فلو وقعت القسمة الضمنية لكان مجرد الوفاء لأحد الدائنين يجعله مستوفياً لحصته ولا رجوع له على أحد وتصبح حصة الشريك الآخر منفردة بين يدي المدين ؟ وإضطر الآخرون إلى تدعيم فكرة القسمة المفترضة بفكرة انقسام المطالبة بعد تعذر إقامتها على فكرة قسمة الدين قبل القبض باعتبار أن الدين ليس بشيء حسي ، بل هو معنى في الذهن . ولحل هذه الأشكال قالوا بإمكان انقسام المطالبة، وبالتالي علل (البابري) إمكان عودة حق الرجوع للدائن الساكت على القابض عند إعسار المدين لأن الحق يكون هنا قد بعث من جديد⁽⁴⁾. ويرى الأستاذ شحاتة أنه لا يمكن تفسير قبض الدائن المطالب لحصته دون غيرها من الحصص ، وكذلك حق الرجوع لباقي الدائنين عليه إلى أنه حق شبه عيني ، فصاحبه ليس له حق الملكية بل حق في أن يملك⁽⁵⁾؟ وأساس بني هذا الرأي أن

(1). الأستاذ القاضي ، المرجع السابق ، ص 64 . ولكن هذا الافتراض غير مقنع . ألا يمكن تعديل رجوع الباقيين عليه بأن الحصة التي قبضها يمكن قسمتها بينهما طالما أن الدين لا ينقسم قبل القبض . وهذه الحصة طالما قد قبضت فيمكن قسمتها بين الشركاء بعد القبض؟

(2). فالشركاء هنا يشتركون في كل جزء منه ، وأحد الشركاء ليس وكيلاً عن بقيتهم في اقتضائه ولا في قبضه.

(3). واحتج أعداء القسمة الصريحة بأن الذمم تقتضي التعادل والتكافؤ ، والذمم متفاوتة في الملاءة والثقة والكفاءة وهي بمثابة الدين بالدين وهو محظور .

(4). يستبعد الأستاذ شحاتة فكرة الاعتماد على انقسام المطالبة لأنها لم تقم على فكرة الاشتراك في الملك . راجع الأستاذ شحاتة ، المرجع السابق ، ص 273 ؛ وهاجم الحصري هذه الفكرة أيضاً لأنه لو وقعت لكان مجرد الوفاء لأحد الدائنين يجعله مستوفياً لحصته ولا رجوع له على أحد . راجع : الحصري ، المرجع السابق ، ج3 ، ص 33 ، نقلاً عن : الأستاذ شحاتة ، هامش 140 ، ص 272 .

(5). الأستاذ شحاتة ، المرجع السابق ، ص 273 ، يقول الأستاذ شحاتة : في الفقه الإسلامي نوع من الحقوق له شيء من العينية ، ولكنه في الواقع لا يدخل تماماً في الحقوق العينية . وعبر عنه الفقهاء بعبارة (حق في أن يملك) ونسميه (الحق شبه العيني) (؟) مثل حق الشفقة والحق في الغنيمة . في هذه الأحوال يكون الشيء مشغولاً بحق شبه عيني ، بمعنى أن لصاحب الحق أن يطالب بالشيء ولو أنه لا يعتبر ملكه بعد ، المرجع السابق ، ص 196 . وبالرغم من أن تعبير (الحق في أن يملك) هو عندنا محل نظر ، وهو محل بحث لنا مستقل في فكرة الدين والعين في الفقه الإسلامي ، إلا أن تعبير

التنازل عن حق الملكية غير جائز في التشريع الإسلامي⁽¹⁾. ومن رأيه أن الدين المشترك ينقسم فيما بين الدائنين في الواقع، إلا أن انقسامه لا يكون مطلقاً فهو ينقسم انقساماً مقيداً بما شرع من حق الرجوع، لأن هذا الحق يوجد بين الدائنين رابطة ذات طبيعة خاصة، وهذه الرابطة عنده لا تبقى على الشيء الكبير من اعتبار الالتزام منقسماً، وإنها تؤدي إلى ضرورة اجتماع جميع الدائنين عند المطالبة على أساس أنه ما لم يجتمع هؤلاء الدائنون فلا تكون المطالبة بالدين مجدية⁽²⁾. ولكن الأستاذ السنهوري عكس المسألة، حيث يرى أن الدين المشترك هو دين منقسم؟ ولكن انقسامه بين الدائنين في علاقتهم مع المدين، وغير منقسم عليهم في علاقتهم ببعض، وانقسامه على الدائنين في علاقتهم هو الذي يحقق هدف نظام الدين المشترك وهو أن يكون ضماناً للدائنين⁽³⁾. وخلاصة هذا القول هو: إن حصة كل دائن في الدين المشترك هي ملك الدائن خاصة في العلاقة بينه وبين المدين، وهي مال مشترك - لأنها جزء من الدين المشترك - في علاقة الدائن بباقي الدائنين. ومن ثم يجوز لباقي الدائنين أن يطالبوا الدائن الذي قبض حصته بأنصبتهم في هذه الحصة - إذ هي مال مشترك بينهم - ولهم أن يرجعوا إلى المدين فإذا ما استولى كل من الدائنين على حصته اختص بها، حتى في علاقة هؤلاء الدائنين بعضهم ببعض، وإذا تصرف الدائن في حصته التي قبضها من المدين لم يكن لباقي الدائنين تتبع هذه الحصة في يد الغير⁽⁴⁾. ولو أننا تعاملنا مع الفقه الإسلامي مجتمعاً، وليس مع بعض الفقهاء لأمكن صياغة نظرية عامة في الفقه الإسلامي، وليس نظرية مذهبية كما حاول الأستاذ شفيق شحاتة فعله، فالنظرية التي حاول صياغتها لنظام الدين المشترك في الفقه الحنفي فقط، يمكن عرضها للكثير من الطعن كما لاحظنا خلال بحثنا هذا. ونختتم الحديث في الدين المشترك بالرواية الثانية للإمام أحمد بن حنبل في أن ما يقبضه الدائن القابض من حصته في الدين المشترك يكون له وحده خاصة دون أصحابه، ما دام ذلك في حدود ما

(الحق شبه العيني) كما يقول الأستاذ السنهوري بحق هو تعبير تنقصه الدقة العلمية، واستعار الأستاذ الزرقا هذا المصطلح في مؤلفه (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج3، ص 34). راجع: الأستاذ السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1، ص .

وحجته هو ما ذكره الكاساني من أن الإبراء هو إسقاط والعين ليست يحمل له، ولا يسقط ملك المالك وإضافة التصرف إلى غير محله لغو. راجع الكاساني، المرجع السابق، ج21، ص 107.

(1). وساق الأستاذ شحاتة للحق في التملك، نظائر في الشرع، منها: 1. حق المجني عليه على العبد الجاني، ج7، ص 264 .
2. الحق في الغنيمة فهو يثبت بالأخذ من العدو، ويتأكد بالإحراز ويملك بالقسمة، وقبل الإحراز يكون هذا الحق ضعيفاً، فلا ضمان لما أتلّف من الغنيمة قبل الإحراز بخلاف ما بعده، فكان حقاً ضعيفاً كحق كل مسلم في بيت المال.
راجع: ابن الهمام، المرجع السابق، ج5، ص 223. وقريباً من ذلك: ابن نجيم، المرجع السابق، ص 351، فهو يقول (الإبراء عن الأعيان باطل، معناه أنها لا تكون ملكاً له بالإبراء).

(2). الأستاذ شحاتة، المرجع السابق، ص 274.

(3). الأستاذ السنهوري، المرجع السابق، ص 242.

(4). الأستاذ السنهوري، المرجع السابق، هامش ص، ص 241.

يخصه من الدين ، وذلك لأن ما في الذمة لا ينتقل إلى العين إلا بتسليمه إلى الدائن ، ودين الشريك الساكت في ذمة المدين فلا يتعلق بعين تعطي لشريكه في الدين ، وإذا لم يتعلق بها لم يكن له حق الرجوع فيها وكانت مختصة بقابضها لثبوت يده عليها بحق ، وإعطاؤها إليه وفاء لحقه وليس هذا من قبيل قسمة الدين في الذمة ، وإنما تعين حق القابض فيما قبض بقبضه على وجه الاستيفاء ، كما يتعين بالإبراء ولو كان لغير القابض شركة فيه أو حق للحقه ضمان حصته عن التلف ولم يسقط فيه كسائر الحقوق⁽¹⁾.

أحكام الإستحواذ والإفلاس بالنسبة للدائنين:

إنّ عملية الإستحواذ تتحقق من خلال عروض الإستحواذ التي يتقدم بها مَنْ يسعى إلى السيطرة على الشركة المساهمة فإذا نجح هذا العرض وتمت عملية الاستحواذ بامتلاكه أغلبية أصوات الجمعية العامة للشركة المستهدفة فإنه يسعى إلى المساهمة الفعلية في إدارة الشركة المستحوذ عليها من خلال المساهمة في عضوية مجلس إدارتها والسيطرة عليها أو باعتباره مديراً فعلياً لها ومن ثم التحكم فيها حسب رغباته ومصالحه وبغض النظر عن مصالح الشركة والمساهمين فيها ومن الممكن أن يترتب على سوء مساهمته في إدارة الشركة المستحوذ عليها على النحو السابق ضرراً يصيب هذه الشركة مما يترتب عليه توقفها عن دفع ديونها ، كما يمكن أن يصدر من المستحوذ أو من هم تابعين له أفعال يترتب عليها تحقق المسؤولية التقصيرية للمستحوذ وإنّ محدودية مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة والمديرين تعد من أهم سمات الشركة المساهمة ، وفي الوقت نفسه يتمتع هؤلاء بسلطات واسعة في إدارة هذه الشركة وهنا تبرز دور المستحوذ بكونه عضواً في مجلس الإدارة أو مديراً لها ، وقد ثبت أنّ إشهار إفلاس العديد من الشركات راجعاً إلى خطأ المدير أو عضو مجلس الإدارة أو إتيانهم بتصرفات ضارة بالشركة ، وهذا ما يتطلب مساءلة الشخص المستحوذ عن سوء أدارته للشركة المستحوذ عليها ، وعن كل تقصير أو إهمال صدر عنه ورتب ضرراً للغير .

كما أن مسؤولية المستحوذ على الشركة المساهمة قد أثار الكثير من المشاكل القانونية التي تتطلب إيجاد قوانين جديدة وإعادة النظر في القوانين النافذة لتوفير الحماية اللازمة قدر الإمكان للشركة المستحوذ عليها والمساهمين الأقلية فيها والأشخاص الذين يمكن أن يتضرروا من تصرفات المستحوذ مثل دائني الشركة المستحوذ عليها .

لذا ستكون المسؤولية القانونية للمستحوذ على الشركة المساهمة هو المحور الأساس في هذه الدراسة التي تتم من خلال تطويع النصوص القانونية ومحاولة إيجاد نصوص قانونية جديدة ، وتطبيقها على مسؤولية المستحوذ على الشركة المساهمة بغية الخروج بتوصيات تساهم في إيجاد نظام قانوني متكامل يحكم مسؤولية المستحوذ على الشركة المساهمة .

(1). ابن قدامة الحنبلي، المغني، ج5 ، ص 197 ؛ الأستاذ الخفيف، الشركات، ص 19 .

تعريف الاستحواذ لغَةً:

الاستحواذ لغَةً يعني الاستيلاء والإحاطة⁽¹⁾، حيث جاء في تفسير قوله تعالى {استحوذ عليهم الشيطان فأنسأهم ذكر الله}⁽²⁾ إي استولى وأحاط عليهم يسوقهم سريعاً إلى ما يريد ، وقال أبو طالب : أحوذ الشيء ، أي جمعة وضمة ، ومنه يقال استحوذ على كذا : إذا حواه . وحاذ الحمار أنه إذ استولى عليها وجمعها⁽³⁾.

وجاء في الحديث الشريف : ما من ثلاثة في قرية ولا بدو لا تقام فيهم الصلاة إلا وقد استحوذ عليهم الشيطان أي استولى عليهم وحولهم إليه⁽⁴⁾، كما يقال حاوذة الإبل وحذتها إذ استوليت عليها وجمعتها⁽⁵⁾.

كما أن الاستحواذ يعني الغلبة ، حاذ الشيء حاطه وغلب عليه⁽⁶⁾، حيث جاء في تفسير ابن كثير أن نستحوذ عليكم يعني أن نغلب عليكم وهو السيطرة وذلك في قوله تعالى:

أَقَالُوا أَلَمْ نَسْتَحْوِذْ عَلَيْكُمْ وَنَمْنَعُكُمْ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا⁽⁷⁾ أي ألم نغلب على أمورك ونستولي على مودتكم⁽⁸⁾. وقوله تعالى ((أَلَمْ نَسْتَحْوِذْ عَلَيْكُمْ وَنَمْنَعُكُمْ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ)) بالسوق إلى ما تميلون وتشتهون مستولياً عليكم حافظاً لكم من أعدائكم .

وأما التعبير بالاستحواذ للدلالة على الطلب ، فإن الشيطان لا يسوق الإنسان إلى الغي بالجبر والقهر بل يطلب منه السلوك إليه ويلقي إليه الرأي الفاسد ويوحى إليه الضلال ، واستعمالها بحرف على يدل على الغلبة والأستعلال والاستيلاء⁽⁹⁾.

(1).المحقق العلامة المصطفوي ، التحقيق في كلمات القرآن الكريم ، المجلد الثالث ، 2007 ، ص 357 .

(2).القرآن الكريم الآية (19) من سورة المجادلة .

(3).العلامة المصطفوي ، مصدر سابق ، ص 357 .

(4).الإمام العلامة جمال الدين ابي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري الافريقي المصري ، لسان العرب ، الجزء الثالث ، راجعة عبد المنعم خليل ، دار الكتب العلميق ، بيروت - لبنان ، ص 595 .

(5). متاح على شبكة الانترنت في الموقع www.islamweb.net.qa

(6). أبي القاسم علي بن جعفر بن علي السعدي المعروف بابن القطاع الصقلي ، كتاب الأفعال ، دار الكتب العلميق ، بيروت ، لبنان ، 2003 ، ص 133 .

(7).القرآن الكريم الآية (141) من سورة النساء .

(8).الإمام العلامة جمال الدين ابي الفضل محمد ، مصدر سابق ، ص 595 .

(9).المحقق العلامة المصطفوي ، مصدر سابق ، ص 358 .

تعريف الاستحواذ اصطلاحاً:

لقد تعددت التعاريف الفقهية التي قيلت في الاستحواذ على الشركات حيث عرف الاستحواذ (هو حصول أحد الشركات على كل أو أغلب الأسهم العادية لشركة أخرى (التي لها حقوق التصويت) أو إذا تمكنت الشركة المستحوذة من حيازة نسبة من الأسهم لشركة أخرى تمكنها من السيطرة المالية والإدارية على نشاطها، فتصبح الشركة المستحوذة بمثابة الشركة القابضة وتصبح الشركة الأخرى المراد الاستحواذ عليها شركة تابعة، دون زوال الصفة القانونية لأحد الشركتين)⁽¹⁾. وعرف أيضاً بأنه (عملية قانونية بين شخصين يترتب عليهما حصول أحدهما على كل أو بعض رأس مال إحدى الشركات سواء بالاتفاق مع الإدارة أو بدون، وتؤدي إلى السيطرة على مجلس إدارة الشركة المستهدفة)⁽²⁾

أما عن موقف التشريعات من تعريف الاستحواذ والمستحوذ فقد تباينت، فبالنسبة إلى التشريع العراقي لم نجد فيه نصاً صريحاً يحدد تعريف الاستحواذ إلا انه تناول اكتساب حيازة مؤهلة بمعنى الاستحواذ في قانون المصارف رقم 94 لسنة 2004 في المادة (22) منه حيث نصت على أي شخص يعتزم اكتساب حيازة مؤهلة في مصرف بطريقة مباشرة أو غير مباشر.

إلا أن السؤال الذي يطرح هنا ما هو المراد بالمؤهلة هل تعني السيطرة على الإدارة أم ماذا؟ عند الرجوع إلى نص المادة (1) من القانون نفسه يتضح أن المراد باكتساب حيازة مؤهلة هو الاستحواذ بقصد السيطرة حيث نصت (تعني عبارة (حيازة مؤهلة) حيازة مباشرة أو غير مباشرة من قبل شخص يعمل بشكل منفرد أو مجموعة أو بشكل متضافر مع شخص أو أشخاص آخرين في مشروع تمثل 10% أو أكثر من رأس المال أو حقوق التصويت أو تتيح ممارسة نفوذها على إدارة المشروع الذي تقع عليه الحيازة و حسب ما يقرره البنك المركزي العراقي)

ومن خلال مراجعة هذا النص يتبين أن المراد باكتساب حيازة مؤهلة هو الاستحواذ بقصد السيطرة على الإدارة، أي تملك عدداً من الأسهم التي تمكن الشخص المستحوذ من السيطرة على إدارة المشروع المستحوذ عليه، وما ورد في المادة أعلاه عبارة (تتيح ممارسة نفوذها على إدارة المشروع الذي تقع عليه الحيازة) يعني السيطرة على إدارة المشروع الذي يقع عليه الاستحواذ سواء كان من قبل شخص واحد يعمل منفرداً أو بالتضافر مع مجموعة أشخاص، وسواء كانت الحيازة بصورة مباشرة أم غير مباشرة، وسواء كان المستحوذ شخص طبيعي أم معنوي (شركة). كما أن قانون المصارف عرف السيطرة في المادة أيضاً التي نصت على أن: (السيطرة: تعتبر

(1). عبد المجيد بن صالح، استحواذ الشركات وموقف الفقه منه، بحث متاح على شبكة الانترنت في الموقع www.qatars.com.

(2). طاهر شوقي مؤمن، الاستحواذ على الشركة، دراسة نظرية وتطبيقية، دار النهضة العربي، 32 ش عبد الخالق ثروت

، القاهرة، 2009، ص 8.

موجودة لتحكم شركة أخرى إذا كان الشخص :

يملك أو يسيطر بشكل مباشر أو غير مباشر أو من خلال شخص واحد أو أكثر أو له قوة تصويت 25% أو أكثر من حصص التصويت للشركة .
يتمتع بصلاحيات غالبية المدراء للشركة
يمارس سيطرة مؤثرة وكما يحددها البنك المركزي العراقي .)

أما قانون الشركات العراقي فلم نجد فيه ما يشير إلى معنى الاستحواذ على الرغم من أنه فسح المجال أمام الأشخاص للاستحواذ على الشركات العراقية بتعليقه للمادة (32) الفقرة (أولاً وثانياً) التي حددت نسبة مساهمة الشخص الطبيعي والمعنوي من القطاع الخاص في رأس مال الشركات المساهمة العراقية ، حيث أصبح بإمكان أي شخص تحقيق الاستحواذ والسيطرة على الشركات المساهمة سواء كانت خاصة أم مختلطة ، كما انه جاء بذكر مالكي أغلبية الأسهم والمسيطرين على شؤونها فعلياً أي المستحوذين في المادة (1) الذي نصت (يهدف هذا القانون إلى : حماية حاملي الأسهم من تضارب المصالح ومن سوء تصرف مسؤولي الشركة ومالكي أغلبية الأسهم فيها والمسيطرين على شؤونها فعلياً)

أما عن موقف المشرع المصري فانه لم يضع تعريفاً محدداً للاستحواذ على الشركات إلا أنه تناول الاستحواذ كوسيلة تلجأ لها الشركات لفرض سيطرتها على شركات أخرى وجعلها تابعة لها من خلال الاستحواذ على رأس مالها والسيطرة على مجلس إدارتها⁽¹⁾.

أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فقد عرف الشركة المستحوذة في المادة (355) من قانون الشركات التي جاء فيها (كل شركة تحوز بطريقة مباشرة أو غير مباشرة جزء من رأسمال شركة أخرى بحيث يخلوها أغلبية الأصوات في الجمعية العامة لهذه الشركة (00)⁽²⁾ وبناءً على ما تقدم يمكن أن نضع تعريفاً للاستحواذ على الشركة المساهمة (هو السيطرة على إدارة الشركة المستحوذ عليها (الشركة المساهمة) من قبل الشخص المستحوذ (سواء كان شخصاً طبيعياً أم معنوياً) عند حصوله على كل أو أغلب حقوق التصويت داخل الجمعية العامة لهذه الشركة المستحوذ عليها ، مع استمرار الشخصية المعنوية المستقلة لهذه الشركة الأخيرة دون تأثير) .

أما المستحوذ على الشركة المساهمة (هو الشخص الذي يسيطر أو يهيمن على إدارة الشركة المساهمة بما يملكه من قوة تصويتية غالبية في الجمعية العامة للشركة المستحوذ عليها سواء كان شخصاً طبيعياً أم معنوياً)

(1). سميحة القليوبي ، الشركات التجارية ، ج 2 ، ط 3 ، دار النهضة العربي ، القاهرة ، 1993 ، ص 513 .

(2).المادة (355) من قانون الشركات الفرنسي رقم 705 لسنة 1985 متاح على شبكة الانترنت في الموقع www.conse

سيطرة المستحوذ على الشركة المساهمة:

إنَّ السيطرة عن طريق الاستحواذ على رأس مال الشركة المستهدفة تتطلب أن يكون المستحوذ قد امتلك أغلبية حقوق التصويت في الجمعية العامة للشركة المستحوذ عليها وبغض النظر عن نسبة ما تشكله هذه الأغلبية بالنسبة إلى رأس مال الشركة ككل وهذا السيطرة التي تثبت للمستحوذ أما أن تكون سيطرة قانونية التي تتحقق بامتلاك المستحوذ أكثر من نصف رأس مال الشركة المستحوذ عليها أي اعتماد معيار كمي لتحقيق السيطرة القانونية وهو امتلاك 50% فأكثر من رأس مال الشركة المستحوذ عليها، أو سيطرة فعلية التي تثبت للمستحوذ على الشركة المستحوذ عليها بامتلاكه أقل من نصف رأس مالها وتثبت له السيطرة الفعلية عليها، وقد ثبت بما لا يدع الشك سيطرة شخص على الشركة دون الحاجة إلى امتلاكه أغلبية رأس مالها حيث يكفي في كثير من الأحيان تملك الشخص 10% أو 15% من رأس مال الشركة المساهمة لتحقيق السيطرة عليها⁽¹⁾، وذلك بسبب ظاهرة التغيب الشائعة في اجتماعات الجمعية العامة للشركة المساهمة ويرجع ذلك إلى ضعف نية الاشتراك لدى المساهمين فيها ونتيجة عدم اهتمامهم بالشركة إلا بقدر ما يحصلون عليه من الأرباح الناتجة عن مساهمتهم فيها بمقدار معين من الأسهم، حيث بإمكان المستحوذ إذا أحسن إدارة واستغلال ما لديه من حقوق التصويت فانه سينجح في السيطرة على إدارة الشركة المستحوذ عليها وإن لم يكن قد استحوذ على أكثر من نصف رأس مال تلك الشركة⁽²⁾، وهنا عرف القضاء الكندي السيطرة الفعلية في قضية (2003 Transport M.I.Coutere V. The Queen -2264-T-) (هي السيطرة التي يمارسها أي شخص على شركة وإن لم يملك أكثر من 50% من أسهمها أو حصصها إلا أن لذلك الشخص القدرة على ممارسة التأثير الناتج عن أسباب تعاقدية أو اقتصادية أو أخلاقية وأن هذه القدرة كافية للقول بوجود السيطرة)⁽³⁾

إلا أنَّ التشريعات قد تباينت في مواقفها من السيطرة على الشركات، فالمرشع العراقي أشاره صراحة إلى السيطرة الفعلية في المادة (3/1) من قانون الشركات العراقي الذي نصت (يهدف هذا القانون إلى حماية حاملي الأسهم من تضارب المصالح ومن سوء تصرف مسؤولي الشركة ومالكي أغلبية الأسهم والمسيطرين على شؤونها فعلياً) وما ورد في هذا النص من عبارة (المسيطرين على شؤونها فعلياً) المقصود بها السيطرة الفعلية التي تثبت للمستحوذين على أقل من نصف رأس مال الشركة المساهمة المستحوذ عليها وتكون لهم سيطرة على إدارة هذه الشركة .

(1). جيمس بي. آر. باور مع رون شولتز ، الاكتتاب ، ترجمة ليلى زيدان ومراجعة فايز حكيم ، ط 1 ، الدار الدولية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 1999، ص 210 .

(2). علي ضاري ، التنظيم القانوني للشركة القابضة ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد ، 2006 ، ص 6 .

(3). تفاصيل القضية والقرار متاح على شبكة الانترنت في الموقع - www.canlii.org/ca/cas/tc

أما قانون المصارف العراقي فقد أخذ بحكمين للسيطرة ، فقد أخذ بالسيطرة الفعلية كما انه أخذ في الوقت نفسه بالسيطرة القانونية ، حيث جاء في المادة (1) منه عند تعريفه للسيطرة (السيطرة تعتبر موجودة لتحكم شركة أخرى إذا كان الشخص :

يمتلك أو يسيطر بشكل مباشر أو غير مباشر أو من خلال شخص واحد أو أكثر أو له قوة تصويتية 25 % أو أكثر من حصص التصويت للشركة).ومن خلال ما تقدم يتضح أن المشرع العراقي قد أخذ بالسيطرة الفعلية في قانون المصارف مستعيناً بمعيار كمي حيث حددها 25% فأكثر من حقوق التصويت سواء كانت السيطرة بشكل مباشر أو غير مباشر .

إلا أن المشرع العراقي عاد واخذ بالسيطرة القانونية في المادة نفسها من القانون نفسه عند تعريفه للشركة التابعة الذي اشترط لتحقيق التبعية أن يمتلك فيها شخص أو مجموعة أشخاص مترابطين نسبة 50 % أو أكثر من حقوق التصويت . وبهذا يكون المشرع العراقي قد أخذ بالسيطرة الفعلية التي تتحقق بامتلاك أقل من نصف رأس مال الشركة المستحوذ عليها إلى جانب السيطرة القانونية التي تتحقق بامتلاك أكثر من نصف رأس مال الشركة المستحوذ عليها ، أي أن المشرع العراقي في قانون المصارف أخذ بالحكمين معاً مستعيناً بمعيار كمي لتحديدتهما ، حيث حدد السيطرة الفعلية بالاستحواذ على 25% فأكثر من رأس مال الشركة وحدد السيطرة القانونية بالاستحواذ على 50 % فأكثر من رأس مال الشركة . وإذا كان المشرع العراقي في قانون المصارف قد استخدم معياراً كمياً للسيطرة القانونية فكان الأجدر به أن لا يأخذ بهذا المعيار لتحقيق السيطرة الفعلية لأنها من الممكن أن تتحقق بالاستحواذ على أقل من هذه النسبة .

أما المشرع المصري فقد ذهب في المادة (16) من قانون قطاع الأعمال عند تعريف الشركة التابعة إلى اشتراط أن تستحوذ الشركة القابضة على 51 % من رأس مالها على الأقل لثبوت السيطرة للشركة القابضة عليها أي أنه أخذ بالسيطرة القانونية⁽¹⁾.

أما عن المشرع الفرنسي فقد اشترط في المواد (354-359) من قانون الشركات 1966 أن يستحوذ الشخص على 50% فأكثر من رأس مال الشركة المستهدفة بكونه مسيطراً عليها أي أخذ بالسيطرة القانونية ، ثم عاد في قانون الشركات رقم 705 لسنة 1985 في المادة (1/355) منه ليشترط أن يحوز الشخص جزء من رأس مال الشركة المستهدفة بحيث تخوله أغلبية الأصوات في الجمعية العامة ودون تحديد نسبة معينة لتثبت له السيطرة عليها أي أخذ بالسيطرة الفعلية بشكل ضمني .

(1). المادة (16) من قانون قطاع الأعمال المصري رقم 203 لسنة 1991 نصت على (تعتبر الشركة تابعة في تطبيق أحكام هذا

القانون الشركة التي يكون لإحدى الشركات القابضة 51% من رأس مالها على الأقل 00) .

المبحث الثاني

مسؤولية المستحوذ الناشئة عن مساهمته في إدارة الشركة المستحوذ عليها

لتتحقق مسؤولية المستحوذ على الشركة المساهمة في إدارة هذه الشركة المستحوذ عليها لابد أن يكون قد ساهم فعلياً في إدارتها من خلال مشاركته في عضوية مجلس إدارتها أو باعتباره مديراً لها بما يمتلكه من أغلبية أصوات الجمعية العامة ، كما يشترط لقيام هذه المسؤولية أن يكون المستحوذ قد ارتكب خطأً أو تعسفاً في إدارة الشركة المستحوذ عليها ونتج عنه ضرراً أصاب هذه الشركة ، فإذا تحققت هذه الأسباب قامت مسؤولية المستحوذ عن مساهمته في إدارة الشركة المستحوذ عليها ، ويرتب على ذلك أما إلزامه بدفع ديون الشركة المتوقفة عن دفع ديونها أو التوسع في إفلاس الشركة المستحوذ عليها عند شهر إفلاسها إلى المستحوذ ، كما يمكن أن يلتزم بتعويض عام للشركة عن الإضرار التي أصابتها بسبب أخطائه أو تعسفه في الإدارة .

وعليه سنعرض في هذا المبحث الأمر من خلال مطلبين ، الأول: أسباب تحقق مسؤولية المستحوذ الناشئة عن مساهمته في إدارة الشركة المستحوذ عليها . وفي الثاني: آثار تحقق مسؤولية المستحوذ الناشئة عن مساهمته في إدارة الشركة المستحوذ عليها .

أسباب تحقق مسؤولية المستحوذ الناشئة عن مساهمته في إدارة الشركة المستحوذ عليها:

لقيام مسؤولية المستحوذ بسبب مساهمته في إدارة الشركة المستحوذ عليها يفترض أن يكون قد ساهم بالفعل في إدارة هذه الشركة المستحوذ عليها ، وقد أصابها ضرر من جراء مساهمته في الإدارة ، أي أن يكون ضرر الشركة راجعاً إلى خطأ في الإدارة صادر من المستحوذ أو إلى تعسفه في استخدام السلطة الإدارية . لذا فإن بيان هذه المسؤولية يتطلب منا أن نبحث في كيفية مساهمة المستحوذ في إدارة الشركة المستحوذ عليها ومن ثم خطأ أو تعسف المستحوذ في الإدارة وما يترتب عليهما من ضرر يصيب الشركة المستحوذ عليها ، وهذا ما سنعرضه في ثلاثة فروع، الأول: تدخل المستحوذ في إدارة الشركة المستحوذ عليها . أما الفرع الثاني: ارتكاب المستحوذ خطأً أو تعسفاً في الإدارة . ثم الثالث: الضرر الناشئ عن الخطأ أو التعسف في الإدارة .

تدخل المستحوذ في إدارة الشركة المستحوذ عليها

من أجل وصول المستحوذ إلى ما يسعى إليه من السيطرة على إدارة الشركة المساهمة المستحوذ عليها ، لذلك فإن المستحوذ يتدخل في إدارة الشركة المستحوذ عليها فور تحقق عملية الاستحواذ أما بكونه مديراً لها أو عضواً في مجلس إدارتها .

أولاً المستحوذ بمثابة مدير للشركة المستحوذ عليها :

إنَّ المستحوذ على الشركة المساهمة يسيطر على إدارتها من خلال الاستحواذ على رأس

مالها لما يمنحه رأس المال من حقوق التصويت في الجمعية العامة للشركة المستحوذ عليها ، وسواء كان المستحوذ شخصاً طبيعياً أم معنوياً ومهما كان نشاطه الأصلي فإنه يعتبر بالنسبة إلى الشركة المستحوذ عليها بمثابة مدير لها يقوم على إدارتها فعلياً ، حيث يعامل المستحوذ الشركة المستحوذ عليها كما لو كانت شركة تابعة له ، لان المستحوذ على رأس المال وحقوق التصويت في الجمعية العامة للشركة المستحوذ عليها تكون له الهيمنة والسيطرة على القرارات الهامة الصادرة عن الجمعية العامة التي تنظم حياة الشركة بفعل بما يمتلكه من قوة تصويتية داخل هذه الجمعية وبالتالي أداء دور المدير للشركة المستحوذ عليها⁽¹⁾ . والنموذج الأمثل على أداء المستحوذ دور المدير على الشركة المستحوذ عليها هو الشركة القابضة (Holding company) ، وهي الشركة التي تكون لها سيطرة على شركة أخرى تسمى بالشركة التابعة ، بحيث تستطيع الأولى أن تقرر من سيتولى إدارة الشركة التابعة ، أو أن تؤثر على القرارات التي تتخذها الجمعية العامة للشركة التابعة وذلك بما تمتلكه الشركة القابضة من قوة تصويتية في الجمعية العامة لهذه الشركة التابعة ومن ثم تحدد سياستها بما يخدم مصالحها أي أداء دور المدير عليها⁽²⁾ .

ثانياً المستحوذ عضواً في مجلس إدارة الشركة المستحوذ عليها :

يعد مجلس الإدارة في الشركة المساهمة هو الهيئة الرئيسية التي تتولى إدارة الشركة وتهيمن على نشاطها وتتخذ القرارات اللازمة من أجل تحقيق الغرض الذي تأسست من أجله وإن كانت السلطة العليا للجمعية العامة ، إلا إن السلطة الفعلية لمجلس الإدارة الذي يتولى تسير أمور الشركة المساهمة⁽³⁾ .

فالمستحوذ فور تحقق عملية الاستحواذ على الشركة المساهمة يسعى إلى اكتساب العضوية في مجلس الإدارة للوصول إلى السيطرة الفعلية على إدارة الشركة بكون مجلس الإدارة صاحب السلطة الفعلية في الإدارة . والعضوية في مجلس الإدارة تثبت للشخص المستحوذ الطبيعي ، لكن هل بإمكان الشخص المعنوي المستحوذ أن يكون عضواً في مجلس إدارة الشركة المستحوذ عليها وكيف تثبت له هذه العضوية ؟

بالنسبة إلى موقف التشريع العراقي فان قانون الشركات لم يتضمن ما يشير صراحة إلى جواز أن يكون الشخص المعنوي عضواً في مجلس إدارة الشركة المساهمة ، لكن يمكن استنتاجه من نص المادة (12/أولاً) الذي سمح لأي شخص معنوي عراقي أم أجنبي حق المساهمة في الشركات العراقية

(1). نواف علي خليف ، مسؤولية الشركة الأم عن ديون شركاتها الوليدة ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس

كلية القانون جامعة بابل ، 2009 ، ص 34 .

(2). عمار حبيب جهلول ، النظام القانوني لحكومة الشركات ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة

النهرين ، 2008 ، ص 76 .

(3). مصطفى كمال طه ، القانون التجاري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1982 ، ص 333 .

، وكما إن الفقه يرى أن القانون العراقي يقبل اشتراك الشخص المعنوي في عضوية مجلس الإدارة للشركة المساهمة شرط أن يقوم هذا الشخص فور تعيينه بتعيين مَنْ يمثله في المجلس من الأشخاص الطبيعيين مَمَّن تتوافر فيهم الشروط اللازمة لعضوية مجلس الإدارة⁽¹⁾.

أما المشرع المصري فقد أجاز أن يكون الشخص المعنوي عضواً في إدارة الشركة المساهمة على أن يحدد فور اكتسابه العضوية ممثلاً له في مجلس الإدارة من الأشخاص الطبيعيين الذي تتوافر فيهم الشروط كافة الواجب تتوافر في أعضاء مجلس الإدارة، وإذا عزل الشخص المعنوي ممثلة في مجلس الإدارة في الشركة المستحوذ عليها وجب تعيين من يحل محله خلال شهر من تاريخ العزل⁽²⁾.

أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة (179) من قانون التسوية والتصفية القضائية رقم 98 لسنة 1985 على أن القواعد الخاصة بالشخص المعنوي ومديريهم تنطبق على مديري الأشخاص الاعتباريين سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أم معنويين، ويرى جانب من الفقه الفرنسي بأن المديرين المقصودين في هذه المادة فيما يتعلق بالشركة المساهمة، هم المدير العام ورئيس وأعضاء مجلس الإدارة⁽³⁾. أما عن موقف القانون الانجليزي فان المادة (741) من قانون الشركات 1985 التي عرفت المدير فإنها لم تشترط أن يكون شخصاً طبيعياً بل اعتبرت أي شخص سواء كان معنوياً أم طبيعياً يعمل عمل المدير يكون مديراً لها⁽⁴⁾.

عليه سواء أكان المستحوذ شخصاً طبيعياً أم معنوياً يحق له اكتساب العضوية في مجلس إدارة الشركة المستحوذ عليها، وهو يسعى إلى ذلك فور أتمام عملية الاستحواذ من اجل السيطرة على إدارتها بكون مجلس الإدارة صاحب السلطة الفعلية في إدارة الشركة المساهمة.

ارتكاب المستحوذ خطأ أو تعسفاً في الإدارة:

إن ارتكاب المستحوذ خطأ في إدارة الشركة المستحوذ عليها أو تعسفه في استخدام السلطة الإدارية هو المحور الأساس الذي تؤسس عليه مسؤولية المستحوذ عن إدارة الشركة المستحوذ عليها، لذا سنتناول هذا من خلال فقرتين :-
أولاً، الخطأ في الإدارة:

(1). ياسر باسم ذنون، و م- عرفان حمد خالد، الدعوى الخاصة بمسؤولية أعضاء مجلس الإدارة والمديرين عن ديون الشركة المساهمة الخاصة المفلسة وآثارها، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة الأولى، 2009، ص 219

(2). المادة (263) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981.

(3). ج - ريبير ور، روبلو، المطول في القانون التجاري، المجلد الأول، ج1(التجارة، محاكم التجارة، الملكية الصناعية، المنافسة)، ترجمة منصور القاضي، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2007، ص 1745.

(4). مجيد حميد العنبي، الشركات في القانون الانكليزي، مكتبة عدنان، شارع المتنبي، بغداد، 2004، ص 68.

من المتفق عليه أن الخطأ هو أساس المسؤولية لذلك يشترط لمساءلة المستحوز ارتكابه خطأً في إدارة الشركة المستحوز عليها، حيث من الضروري على طالب التعويض أن يثبت وجود خطأ في أعمال الإدارة التي تمارس من قبل المستحوز باعتباره مديراً أو عضواً في مجلس إدارة الشركة المستحوز عليها، لان الخطأ في الإدارة سببٌ لمسؤولية أعضاء مجلس الإدارة والمديرين سواء في مواجهة الشركة أو في مواجهة غيرها⁽¹⁾.

ومن أجل توضيح ذلك سنتناول الخطأ في الإدارة بما يلي :-
قرينة الخطأ في الإدارة :

إن الخطأ في الأعمال الإدارية يمكن أثباته بالقرائن التي يحددها القانون، والقرينة كما عرفتها المادة (1/98) من قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 هي (استنباط المشرع أمر غير ثابت من أمر ثابت) والأمر الثابت هو الضرر الذي يصيب الشركة مثل العجز في موجوداتها، أما الأمر الغير ثابت هو خطأ المستحوز بكونه عضواً في مجلس الإدارة أو مديراً للشركة المستحوز عليها.

إلا أن التشريعات قد اختلفت حول قرينة الخطأ المرتكب من قبل أعضاء مجلس الإدارة والمديرين أثناء إدارتهم للشركة المستحوز عليها، ففي قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل لم نجد فيه إشارة إلى قرينة الخطأ التي يمكن اعتمادها لتحديد مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين إلا أن المشرع العراقي أعتبر في المادة (2/722) من قانون التجارة السابق وجود عجز في موجودات الشركة المفلسة قرينة على خطأ المدير أو أعضاء مجلس الإدارة إذا وصل هذا العجز إلى حد أنه لا تكفي موجودات الشركة لوفاء 20% على الأقل من ديونها⁽²⁾.

عليه فإذا ثبت وجود عجز في موجودات الشركة بحيث لا تكفي لوفاء 20% من ديونها يمكن الرجوع على المستحوز باعتباره مديراً أو عضواً في مجلس إدارة الشركة المستحوز عليها على أساس الخطأ المفترض الذي لا يحتاج من المتضرر إثبات خطأ المستحوز لان الخطأ هنا مفترض، إلا أن هذه القرينة القانونية بسيطة وقابلة لإثبات عكسها حيث بإمكان المدير أو عضو مجلس الإدارة سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً أن يتخلص من هذه القرينة بإثبات أنه بذل في إدارة الشركة المستحوز عليها عناية الرجل المعتاد⁽³⁾.

(1). مصطفى كمال وصفي، المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة في الشركة المساهمة في القانون المصري والمقارن ومشروع

قانون الشركات التجارية، رسالة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة فؤاد الأول، 2000، ص 47.

(2) المادة (2/722) من قانون التجارة العراقي رقم 149 لسنة 1970 التي نصت (وإذا تبين أن موجودات الشركة لا تكفي

لوفاء عشرين من المائة على الأقل من ديونها، جاز لحاكم التفليسة أن يأمر بإلزام أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين

كلهم أو بعضهم بالتضامن بينهم أو بدون تضامن بدفع ديون الشركة كلها أو بعضها إلا إذا أثبتوا أنهم بذلوا في تدبير

شؤون الشركة عناية الرجل المعتاد)

(3). نواف علي خليف، مصدر سابق، ص 38.

أما بالنسبة إلى المشرع المصري فإنه يتفق مع موقف المشرع العراقي في تحديد القرينة على خطأ المدير أو عضو مجلس الإدارة ، كما أعتبر هذه القرينة قابلة لإثبات العكس حيث يمكن لأعضاء مجلس الإدارة أو المدير التخلص منها بإثبات أنهم بذلوا عناية الرجل الحريص في إدارة الشركة المستحوذ عليها⁽¹⁾.

أما عن موقف المشرع الفرنسي حيث كان قبل صدور قانون التصفية والتسوية لأموال الشخص المعنوي رقم 98 لسنة 1985 يعتبر مجرد العجز في موجودات الشركة قرينة على خطأ أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين ، إلا إنه بصدور القانون الفرنسي رقم 98 لسنة 1985 حيث ألغى هذه القرينة بموجب المادة (180) منه وجعل مسؤولية القائمين على الإدارة قائمة على الخطأ الواجب الإثبات⁽²⁾.

عبء الإثبات :

إنَّ الأخطاء التي تصدر من المستحوذ بكونه عضواً في مجلس الإدارة أو مديراً للشركة المستحوذ عليها تستوجب مُساءلته من قبل كل من لحقه ضرراً ، وإنَّ أكثر الأشخاص الذي يمكن أن يتضرروا من تصرفات المستحوذ هم الشركة والمساهمين ودائني الشركة المستحوذ عليها ، وعلى المتضرر إثبات خطأ المستحوذ ، إلا أن مجرد تحقق القرينة القانونية السابقة التي أقرها المشرع العراقي والمصري أي عدم كفاية موجودات الشركة لوفاء 20% من ديونها تتحقق مسؤولية المستحوذ باعتباره مديراً للشركة أو عضواً في مجلس إدارتها ، أي مجرد تحقق هذه القرينة ينقل عبء الإثبات إلى عاتق المديرين أو أعضاء مجلس الإدارة الذي عليهم إثبات أنهم بذلوا العناية المطلوبة منهم في الإدارة .

ألا أنَّ العناية المطلوبة هنا كان فيها المشرع العراقي أكثر تساهلاً من المشرع المصري حيث اشترط المشرع العراقي على المدير أو عضو مجلس الإدارة لنفي هذه القرينة إثبات أنه بذل عناية الرجل المعتاد في المادة (2/722) من قانون التجارة السابق ، في حين أن المشرع المصري في المادة (2/704) من قانون التجارة اشترط بذل عناية الرجل الحريص لنفي القرينة السابقة ، فالرجل الحريص يسأل عن كل الخطأ ولو كانت تافهة أما الرجل المعتاد فيسأل عن الخطأ اليسير والجسيم فقط⁽³⁾.

(1).المادة (2/704) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 الذي نصت على (2- وإذا تبين أن موجودات الشركة لا تكفي لوفاء 20% على الأقل من ديونها ، جاز للمحكمة بناء على طلب قاضي التفليسة أن تقضى بالزام أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين كلهم أو بعضهم بالتضامن بينهم أو بغير تضامن بدفع ديون الشركة كلها أو إلا أنهم بذلوا في تدبير شئون الشركة عناية الرجل الحريص)

(2). ياسر باسم ذنون وعرفان عمر خالد ، مصدر سابق ، ص222 .

(3). حسن علي ذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، دار وائل للنشر ، ط1 ، عمان ، 2001 ، ص158 ، 159.

وعند إلغاء هذه القرينة أو عدم وجودها فإن عبء الإثبات ينتقل إلى عاتق مدعي الضرر، فَمَن يدعي وجود الخطأ من جانب المستحوذ في إدارة الشركة المستحوذ عليها عليه إثبات ما يدعيه، وأن يحدد ذلك الخطأ بدقة وأن يثبت إن الخطأ قد أصاب الشركة بضرر يتمثل بالنقص في موجودات الشركة أو عدم كفايتها لسداد ديونها، أو أن خطأ المستحوذ قد أسهم في زيادة هذا النقص بموجودات الشركة⁽¹⁾. أما المشرع الفرنسي فكما أشرنا أخذ بنظرية الخطأ الثابت أي إثبات خطأ المستحوذ في الإدارة لكن يمكنه التخلص من المسؤولية بإثبات عدم وقوع الخطأ من جانبه. وتتمتع محكمة الموضوع بسلطة تقديرية واسعة في تحديد الخطأ في الإدارة الذي يمكن نسبته إلى المستحوذ بكونه مديراً للشركة أو عضواً في مجلس إدارتها، ففضاء الموضوع هم الذي يزنون ويقدرتون تصرفات المستحوذ وتحديد فيما إذا كانت تشكل خطأ يستوجب المساءلة أم لا ودرجة هذا الخطأ⁽²⁾.

فإذا رأَت محكمة الموضوع أن أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين قد بذلوا العناية المطلوبة منهم في إدارة الشركة المستحوذ عليها زالت قرينة الخطأ وبالتالي لا مسؤولية عليهم عما أصابه الشركة من ضرر، إما إذا رأَت المحكمة أنهم لم يبذلوا العناية المطلوبة فإن مسؤوليتهم عن إدارة الشركة المستحوذ عليها تتحقق⁽³⁾.

وهناك كثير من التطبيقات التي أقرها القضاء الفرنسي وأعتبرها خطأً إدارية توجب مسؤولية المدير عنها وتأخذ صوراً متعددة منها ممارسة نشاط ضار بمصلحة الشركة، أو التصرف بأموال الشركة كأمواله الخاصة، أو استغلال موقفه في الإدارة لتحقيق أرباح شخصية، ومما قضت به محكمة النقض الفرنسي بإدانة أعضاء مجلس الإدارة لأحد الشركات بسبب تدهور الأحوال المالية للشركة و دون أن يسارعوا هؤلاء إلى اتخاذ الإجراءات اللازمة وقيامهم بالإنفاق الكثير على الإعلانات ومنحهم لأنفسهم مزايا مالية كبيرة⁽⁴⁾.

ثالثاً التعسف في الإدارة :

إنَّ السبب الثالث الذي تنشأ عنه مسؤولية المستحوذ على الشركة المساهمة بسبب مساهمته في إدارتها هو تعسف المستحوذ بما يمتلكه من سلطة إدارية .
أن فكرة تعسف المستحوذ في إدارة الشركة المستحوذ عليها تجد أساسها في فكرة التعسف في

(1). شريف محمد غنام ، مدى مسؤولية الشركة الأم عن ديون شركاتها الوليدة المصرية (دراسة في بعض جوانب الإفلاس الدولي لمجموعة الشركات متعددة الجنسية) بحث منشور في مجلة الحقوق ، العدد الأول السنة السابعة والعشرين ،

2003 ، ص 384.

(2) د - شريف محمد غنام ، مصدر سابق ، ص 386.

(3) نواف علي خليف ، مصدر سابق ، ص 41 .

(4) د- شريف محمد غنام ، مصدر سابق ، ص 387 .

استعمال الحق الذي تقرها أغلب القوانين في العالم⁽¹⁾، حيث يقصد بالتعسف في استعمال الحق هو أن يقوم صاحب الحق بعمل يدخل في حدود حقه ومن ثم يكون مشروعاً في حد ذاته، إلا أنه يصبح غير مشروع متى كان فيه خروجاً على غاية الحق كان يقصد به إضراراً بالغير⁽²⁾. وأن التعسف في استعمال الحق يقوم على عنصرين الأول مادي يتمثل بإلحاق الضرر بالغير، والثاني معنوي يتمثل في توافر نية الأضرار بمصالح الغير، إلا أن الفقه اختلف حول العنصر المعنوي للتعسف، فذهب رأي إلى العنصر المعنوي يتمثل بوجود توافر نية الإضرار بالأقلية، وذهب رأي آخر إلى أنه لا حاجة إلى العنصر المعنوي حيث أن التعسف يتحقق بمجرد توفر العنصر المادي، وذهب رأي ثالث إلى أن العنصر المعنوي يتمثل في توافر نية تحقيق منافع شخصية للمساهمين الأغلبية المستحوذين على الشركة وإن لم تكن هناك نية الإضرار بالأقلية أي أن التعسف يتحقق بمجرد أن المستحوذ لم يهدف إلى تحقيق مصالح مجموع الشركاء وإنما يهدف إلى خدمة مصلحة الخاصة⁽³⁾.

يبدو لنا أن ما ذهب إليه الإتجاه الثالث الذي يرى بان العنصر المعنوي يتحقق بتوافر نية تحقيق مصالح شخصية للمستحوذ هو الرأي الراجح؛ لأن الرأي الأول يقوم على عنصر كامن بالنفس يصعب كشفه، وهذا ما يؤدي إلى تضيق نطاق نظريه التعسف في استعمال الحق، كما أن الغالب المستحوذ لا يقصد الإضرار بالغير وإنما تحقيق مصالح شخصية له، إما الرأي الثاني فلا يمكن الأخذ به والقول باستبعاد الركن المعنوي نهائياً.

أما عن موقف التشريعات فقد عالجت مسألة التعسف في استعمال الحق بنصوص قانونية، فبالنسبة إلى المشرع العراقي فقد نظم التعسف في استعمال الحق في المادة (7) من القانون المدني حيث إشارة الفقرة الأولى إلى من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجبه عليه الضمان، كما حدد في الفقرة الثانية من المادة نفسها الحالات التي يصبح فيها استعمال الحق غير جائز وهي كالآتي:

إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الإضرار بالغير

إذا كانت المصلحة التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها

(1) ولا بد من الإشارة هنا إلى أن الكثير من الفقه وحتى القضاء يقع في الخلط بين نظرية التعسف في استعمال الحق وبين نظرية تجاوز السلطة، ففي نظرية التعسف في استعمال الحق تجد أساسها في القانون الخاص في حين نظرية تجاوز حدود السلطة تجد أساسها في القانون العام، كما أن الحق يمنح من أجل إشباع مصالح خاصة لصاحب الحق في حين السلطة تمنح من أجل إشباع مصالح تتعلق بالغير، راجع نواف علي، مصدر سابق، ص 43.

(2) محسن عبد الحميد إبراهيم، المدخل للعلوم القانونية (نظريه الحق)، مكتب الجلاء بالمنصورة، 1997، ص 612.

(3) راجع في تفصيل ذلك محمد تنويره الرافعي، دور الهيئة العامة في سوق المال بحماية أقلية المساهمين في الشركة المساهمة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة حلوان، 2006، ص 198.

إذا كانت المصلحة التي يرمي إليها هذا الاستعمال غير مشروعة .

كما أن قانون التجارة العراقي السابق إشارة إلى حالات التعسف في إدارة الشركة المستحوذ عليها في المادة (721) حيث نصت (إذا طلب إشهار إفلاس الشركة جاز للمحكمة أن تقضي أيضاً بإشهار إفلاس كل شخص قام باسمها بإعمال تجارية لحسابه الخاص أو تصرف بأموالها كما لو كانت أمواله الخاصة) ويتفق المُشرِّع المصري مع المشرع العراقي حيث حدد في المواد (4, 5) من القانون المدني حالات التعسف في استعمال الحق كما حددتها المادة (7) من القانون المدني العراقي .

كما أن قانون التجارة المصري جاء في المادة (1/704) متفق مع نص المادة (721) من قانون التجارة العراقي السابق في تحديد حالات التعسف في الإدارة . ويلاحظ أن المشرع العراقي والمصري جاء بنصوص عامة لحالات التعسف بالإدارة بحيث تشمل كل شخص طبيعي أو معنوي مستحوذ على إدارة الشركة المساهمة ويتعسف في إدارتها , حيث أن المستحوذ بحكم سيطرته على إدارة الشركة المستحوذ عليها من الممكن أن يتعسف في إدارتها بقيامه بأعمال تجارية باسمها ولحسابه الخاص وغيرها من الأعمال التي تعتبر تعسف في الإدارة ، وعليه فإذا تعسف المستحوذ في الإدارة بكونه مديراً أو عضواً في مجلس الإدارة يمكن أن ينطبق عليه حكم المادة (721) من قانون التجارة العراقي السابق ، والمادة (1/704) من قانون التجارة المصري بان تأمر المحكمة بإشهار إفلاسه لتعسفه في الإدارة.

أما المُشرِّع الفرنسي فقد حدد في المادة (182) من قانون رقم 98 لسنة 1985 الحالات التي يكون فيها المدير متعسف بالإدارة والتي يمكن أن تنطبق على المستحوذ بكونه مسؤولاً عن إدارة الشركة وهي :

إذا تصرف في أموال الشركة التي يديرها على أنه أمواله الخاصة .

إذا مارس تحت ستار المشروع أعمالاً تجارية تحقق له أرباحاً خاصةً لا تدخل ضمن موازنة المشروع

إذا قام في أعمال تعسفية أدت إلى تعثر الشركة التي يديرها أو جعل موقف هذه الشركة يزداد صعوبةً

إذا قام بهدم أو تخريب كل أو جزء من إدارة أو نشاط الشركة .

إذا حصل على أموال أو ائتمان لصالح المشروع وأستخدمها في أغراض تخالف مصالح هذا المشروع وتوافق مصالحه الشخصية أو فضل مصالح مشروع آخر على مصالح المشروع الذي يدره .
إذا قام بعمل المحاسبة الصورية للمشروع أو أخفا مستندات أو أوراق تفيد عمل المحاسبة الحقيقية للمشروع أو امتنع عن عمل المحاسبة الحقيقية للمشروع طبقاً للقواعد القانونية السليمة⁽¹⁾ .

(1). شريف محمد غنام , مصدر سابق , ص 393 .

ومن التطبيقات العملية على تعسف المستحوذ في الإدارة الشركة المستحوذ عليها ما صدر عن القضاء الفرنسي في قضية فريهوف ففي هذه القضية كانت شركة أمريكية مستحوذة على ثلثي أسهم شركة فريهوف الفرنسية ولها (5) مقاعد في مجلس الإدارة من أصل (8) مقاعد ، حيث أبرمة الشركة الأمريكية المستحوذة عقداً مع شركة برليية تلتزم بمقتضاه الشركة الفرنسية بتسليم شركة برليية معدات قيمتها مليون ونصف دولار ، إلا أن الشركة الفرنسية المستحوذ عليها رفضت الصفقة لأنها مخصصة لجمهورية الصين الشعبية فعرض الأمر على محكمة (corbeil-Essonnes) فقررت المحكمة أن الشركة المستحوذة اتخذت قراراً يتعارض مع مصالح الشركة المستحوذ عليها إذ يترتب عليه فصل (6000) عامل فرنسي ويهدد مصالح الشركة بالخطر أي اعتبرت المحكمة أن قرار الشركة المستحوذة معياراً للتعسف في الإدارة فرفضت الصفقة⁽¹⁾.

الضرر الناشئ عن الخطأ أو التعسف بالإدارة

لتتحقق مسؤولية المستحوذ عن الخطأ أو التعسف في إدارة الشركة المستحوذ عليها أن يكون قد نشأ عنهما ضرر أصاب الشركة المستحوذ عليها ، إذ لا يكفي مجرد وقوع الخطأ أو صدور تعسف في الإدارة لمساءلة المستحوذ وإنما لا بد أن يكون هناك ضرر أصاب الشركة من جراء هذا الخطأ أو التعسف في الإدارة الصادر من المستحوذ باعتباره مديراً أو عضواً في مجلس إدارة الشركة المستحوذ عليها .

ويشترط في الضرر الذي ينتج عن خطأ المستحوذ أو تعسفه في الإدارة أن يكون ضرر محققاً وليس احتمالياً وأن يكون ضرراً مباشراً⁽²⁾.

كما يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين خطأ المستحوذ أو تعسفه في الإدارة وبين الضرر الذي أصاب الغير ، فإذا أنتفت هذه العلاقة السببية كان يكون الضرر راجعاً إلى سبب أجنبي أو حادث فجائي أو فعل الغير فلا تنهض مسؤولية المستحوذ على الشركة⁽³⁾.

وتتعدد صور الضرر الذي يصيب الشركة من تصرفات المستحوذ فقد يكون واقعاً على رأس مال الشركة المستحوذ عليها ، كما يمكن أن يقع على ائتمانها ودون أن يتعدى إلى رأس مالها كما لو ترتب على البيانات غير الصحيحة الصادرة عن مجلس الإدارة بسبب إهمال وتعسف المستحوذ امتناع الغير من إقراض الشركة أو رفض دائيتها منحها أجلاً جديداً ، كما يمكن أن يكون الضرر الواقع على الشركة ناشئاً عن الارتباط بعقد باطل أو تأثرها بعمل باطل صدر عن المستحوذ عليها ونشأ عنه ضرر أصابها في سمعتها التجارية وائتمانها⁽⁴⁾.

(1). نقلاً عن نواف علي خليف ، مصدر سابق ، ص 45 .

(2). راجع المادة (220) من القانون المدني العراقي

(3). راجع في ذلك المادة (221) من نفس القانون .

(4). مصطفى كمال وصفي ، مصدر سابق ، ص 118 .

إلا أن أهم و أبرز صور الضرر الناشئ عن خطأ أو تعسف المستحوذ في الإدارة الذي يصيب الشركة في رأس مالها ، ويتمثل في النقص في موجودات الشركة بحيث لا تكفي هذه الموجودات لسداد ديونها ، حيث لا يقتصر أثر هذا الضرر على الشركة والمساهمين فيها فقط وإنما يمتد ليصيب دائني الشركة بضرر يتمثل في عدم حصولهم على كامل ديونهم مما يستوجب مساءلة المستحوذ عن هذا العجز الحاصل في موجودات الشركة بسبب خطئه أو تعسفه في إدارة الشركة وبالتالي إلزامه بتكملة النقص في ديونها .

إلا أن التشريعات اختلفت حول مدى العجز الحاصل في موجودات الشركة الذي يبيح لدائني الشركة الرجوع على المستحوذ باعتباره مديراً أو عضواً في مجلس الإدارة لإلزامه بتكملة ديون الشركة المستحوذ عليها ، ففي التشريع العراقي نجد أن المادة (2/722) من قانون التجارة السابق لسنة 1970 اشترطت أن يكون العجز في موجودات الشركة بان لا تكفي لسداد 20% من ديونها لكي يستطيع دائني الشركة الرجوع على المستحوذ بديونهم.

كما أن التشريع المصري يتفق مع التشريع العراقي حيث ذهب في المادة (2/704) من قانون التجارة المصري إلى اشتراط أن تكون موجودات الشركة لا تكفي لوفاء 20% من ديونها لكي يستطيع دائنيها الرجوع على المستحوذ باعتباره مديراً أو عضواً في مجلس إدارة الشركة المستحوذ عليها ، أي أن مسؤولية المستحوذ بكونه المسيطر أوالمهيمن على الشركة عن ديونها مرهوناً بإفلاس الشركة المستحوذ عليها⁽¹⁾

وعليه إذا ثبت ذلك العجز وهو الذي يمثل الضرر الذي أصاب الشركة فان خطأ المدير وأعضاء مجلس الإدارة يكون مفترض وكذلك العلاقة السببية بينهما ، أما إذا كانت موجودات الشركة تكفي لوفاء أكثر من 20% من ديونها فإن إلزام المستحوذ بهذا العجز يحتاج إلى إثبات خطئه أو تعسفه في الإدارة لكي يرجع عليه بتكملة ديون الشركة ، أي أن دائني الشركة يجب عليهم الرجوع أولاً على الشركة المستحوذ عليها بكونها المسؤول بصفه أصلية عن ديونها ، فإذا ثبت عجزها وعدم قدرتها على وفاء ديونها عندئذ تبدأ مسؤولية المستحوذ أن تقاعسه عن تنفيذ التزاماته ، أي أن إفلاس الشركة المستحوذ عليها يعد شرطاً مسبقاً للرجوع على المستحوذ لإلزامه بتكملة النقص بديونها⁽²⁾ . وإن تحديد عدم كفاية موجودات الشركة لوفاء 20% من ديونها لمساءلة المستحوذ عن تكملة النقص في ديونها فيه أنصاف إلى أعضاء مجلس الإدارة والمديرين لان عدم تحديد هذه النسبة يجعل أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين مسؤولين عن جميع حالات الإفلاس حيث لا توجد حالة من حالات إفلاس تخلو من العجز⁽³⁾ ، و ربما يكون العجز راجع إلى عوامل أخرى مثل

(1).شريف محمد غنام ، مصدر سابق ، ص376

(2). حسن محمد هند ، مصدر سابق ، ص188 .

(3). ياسر باسم ذنون ، مصدر سابق ، ص226 .

المنافسة ودون أن يكون هناك خطأ أو تعسف من جانب المدير أو عضو مجلس الإدارة .
أما إذا كانت موجودات الشركة كافيها لوفاء ديونها أي في حالة يسر فلا مجال لمساءلة
المستحوذ عن ديون الشركة المستحوذ عليها ؛ لأن مُساءلة المستحوذ هنا يشترط أن تكون الشركة
المستحوذ عليها قد أشهر إفلاسها بإثبات توقفها عن دفع ديونها ، والشركة التي في حالة يسر
لا تتوقف عن دفع ديونها وبالتالي لا يمكن إشهار إفلاسها وهذا ما قضت به محكمة التمييز
العراقية بعدم جواز إشهار إفلاس الشركة ما لم تتوقف عن دفع ديونها التجارية ⁽¹⁾ .

أما المُشعر الفرنسي فقد اخذ بمطلق العجز لمساءلة المستحوذ أي لم يحدد نسبة معينة
من ديون الشركة لا تكفي موجوداتها للوفاء بها من أجل مساءلة المستحوذ باعتباره مديراً أو
عضواً في مجلس الإدارة عن ديونها، حيث لم تشترُ المادة (1/180) من قانون التصفية القضائية
للشخص المعنوي رقم 98 لسنة 1985 إلى نسبه معينه من العجز التي تصل لها الشركة من أجل
مطالبة المديرين أو أعضاء مجلس الإدارة بديون الشركة بل اخذ بمطلق العجز الذي يبيح لدائني
الشركة الرجوع على أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين عند إثبات خطئهم ⁽²⁾ ، وعليه فإن القانون
الفرنسي يشترط لمساءلة المستحوذ أثبات الضرر المتمثل بالعجز في موجودات الشركة وإثبات الخطأ
من جانب المستحوذ في الإدارة وأن هذا الخطأ هو الذي أدى إلى العجز في موجودات الشركة .

الجدير بالذكر أن الفقه اختلف حول الطبيعة القانونية لمسؤولية المدير وأعضاء مجلس
الإدارة الناشئة عن مساهمتهم في إدارة الشركة المساهمة فقد ذهب اتجاه إلى انها مسؤولية عقدية
وذهب آخر إلى انها مسؤولية قانونية وذهب اتجاه ثالث إلى التوفيق بين هذين الفكرتين ⁽³⁾ ، إلا
انه يوجد اتجاه قضائي يؤكد على الالتزام بالولاء يقع على عاتق القائمين على الإدارة ويسالون عنه
في مواجهة الشركة والمساهمين ، وهذا الالتزام مرده العقد الذي تبرمه الشركة مع هذا المدير أو
ذاك إن كان هناك عقد أو يستشف مضمونه من عقد الشركة أو نظامها الأساس ⁽⁴⁾ .

آثار تحقق مسؤولية المُستحوذ الناشئة من مساهمته في إدارة الشركة المُستحوذ عليها:

إذا تدخل المستحوذ في إدارة الشركة المستحوذ عليها من خلال مساهمته في عضوية مجلس
الإدارة أو بكونه مديراً لها وترتب على هذا التدخل ضرر أصاب هذه الشركة ، فإن المستحوذ يكون
(((1)) قرار محكمة التمييز العراقي رقم 809/مدني/1978 في 9/1/1979 منشور في مجلة الأحكام العدلية العدد الثالث ،
السنة العاشرة ، 1979 ، ص 35 .

(2). مشار لها عند د- ياسر باسم ذنون ، وعرفان عمر خالد ، مصدر سابق ، ص 227 .

(3). راجع في تفصيل ذلك عالية يونس ، مجلس إدارة الشركة المساهمة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون
جامعة الموصل ، 2003 ، ص 85 وما بعدها .

(4) ((1985, Rev soc . 4 oct . 1988, cass com . نقلاً عن د- حسين فتحي ، تعاملات المطلعين على

إسرار أسهم الشركة ، دار النهضة العربي ، القاهرة ، 1996 ، ص 17 .

ملزم بإصلاح هذا الضرر أما من خلال تكملة النقص في ديون الشركة أو التوسع في إفلاس الشركة إلى المستحوذ أو من خلال إلزام المستحوذ بتعويض الشركة عما لحقها من أضرار بسبب خطأ أو تعسف المستحوذ في الإدارة . وعلى هذا سنعرض أثار مسؤولية المستحوذ في حالة تدخله في الإدارة للشركة المستحوذ عليها من خلال ثلاثة فروع ، الفرع الأول: تحمل المستحوذ النقص في ديون الشركة المستحوذ عليها ، وفي الثاني امتداد إفلاس الشركة إلى المستحوذ ، وفي الثالث إلزام المستحوذ بتعويض الشركة .

أولاً ، تحمل المستحوذ النقص في ديون الشركة المستحوذ عليها:

عند مساهمة المستحوذ في إدارة الشركة المستحوذ عليها سواء كان مديراً أو عضواً في مجلس الإدارة ونتج عن ذلك عجز الشركة عن وفاء ديونها فعندئذ يلتزم المستحوذ بتكملة النقص في ديون الشركة من خلال دعوى تكملة الديون ، حيث تعد هذه الدعوى من دعوى المسؤولية المدنية التي تهدف إلى نقل كل أو بعض من ديون الشركة المتوقفة عن دفع ديونها بسبب العجز إلى الشخص المستحوذ بكونه مديراً أو عضواً في مجلس الإدارة سواء أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً ، كجزاء لارتكابه خطأ أو تعسف في إدارة الشركة المستحوذ عليها⁽¹⁾.

حيث تقوم هذه الدعوى على أساس تعويض الدائنين عما أصابهم من ضرر يتمثل في عدم حصولهم على كامل حقوقهم بسبب تعسف أو خطأ المستحوذ في الإدارة ، وهو الخطأ المفترض بوجود العجز في موجودات الشركة التي لا تكفي لوفاء 20% من ديونها وفقاً إلى التشريع العراقي والمصري، والخطأ الواجب الإثبات في التشريع الفرنسي.

كما أن هذه الدعوى تتمتع بخصوصية تميزها عن غيرها من الدعوى الأخرى ، ولأجل بيان ذلك لا بد من الوقوف على أهم أحكام هذه الدعوى وهذا ما سنتناوله في ما يلي :

صاحب الصفة في رفع دعوى تكملة الديون:

لقد اختلفت التشريعات حول صاحب الصفة في رفع دعوى تكملة ديون الشركة المتوقفة عن دفع ديونها ، حيث لم نجد في التشريع العراقي ما يحدد الأشخاص الذي لهم حق طلب إلزام المدير وأعضاء مجلس الإدارة بتكملة النقص في ديون الشركة المتوقفة عن دفع ديونها لان نص المادة (2/722) من قانون التجارة السابق جاء بصيغة عامة .

وبما أن المشرع العراقي جاء في (2/ 722) من قانون التجارة السابق بصيغة عامة ولم يحدد الشخص المختص في تقديم الطلب للإلزام المدير أو أعضاء مجلس الإدارة بتكملة النقص في ديون الشركة المتوقفة عن دفع ديونها فيمكن تقديم هذا الطلب من قبل كل شخص له مصلحة في ذلك سواء كان من دائني الشركة أو وكلائهم أم المساهمين أم المصفي بالنيابة عن الشركة ومن ثم يأمر

1(1). شريف محمد غنام ، مصدر سابق ، ص 399 .

قاضي التفليسة بإلزام المستحوذ بتكملة النقص في ديون الشركة المستحوذ عليها .
عليه أن المشرع العراقي لم يعتبر تقديم الطلب بإلزام المستحوذ بكونه عضواً في مجلس الإدارة أو مديراً لها بدفع ديون الشركة المفلسة ضمن أعمال الإدارة ولو كان كذلك لكان تقديم الطلب من حق أمين التفليسة لأنه المختص بإدارة أعمال التفليسة⁽¹⁾. وهذا على خلاف المشرع المصري الذي حدد في المادة (2/704) من قانون التجارة بان محكمة التفليسة هي المختصة بإلزام المديرين أو أعضاء مجلس الإدارة بتكملة ديون الشركة المتوقفة عن دفع ديونها بناءً على طلب قاضي التفليسة ، أي أن المشرع المصري حدد الشخص المختص بتقديم الطلب لإلزام أعضاء مجلس الإدارة أو المدير بتكملة النقص في ديون الشركة وهو قاضي التفليسة دون غيره من الأشخاص معتبراً في ذلك أن تقديم الطلب من أعمال الإدارة⁽²⁾.

أما المشرع الفرنسي فقد حدد الأشخاص الذي لهم الحق في طلب إلزام أعضاء مجلس الإدارة أو المدير بتكملة ديون الشركة المتوقفة عن دفع ديونها وهم كل من وكيل الدائنين والشخص المختص بتنفيذ خطة التسوية والمصفي والنائب العام والمحكمة من تلقاء نفسها⁽³⁾ ، وأن المشرع الفرنسي حدد هؤلاء الأشخاص الذين يحق لهم إقامة دعوى تكملة الدين على سبيل الحصر .

المحكمة المختصة في دعوى تكملة الدين:

لم يحدد المشرع العراقي صراحة المحكمة المختصة بالنظر بدعوى تكملة الدين المقامة على أعضاء مجلس الإدارة أو المدير بسبب العجز في موجودات الشركة ، لكن بالرجوع إلى أحكام المادة (1/574) من قانون التجارة العراقي السابق يتبين أن المحكمة المختصة في هذه الدعوى هي التي أشهرت إفلاس الشركة باعتبار أن هذه الدعوى من الدعوى الناشئة عن الإفلاس التي تقتضي أحكاماً خاصة بحالة إفلاس الشركة ، والمحكمة المختصة في دعوى الإفلاس و ما ينشأ عن التفليسة هي محكمة البداية⁽⁴⁾ . ولابد من الإشارة إلى أن مجلس القضاء الأعلى في العراق بعد أن أنشاء هيئة قضائية مختصة بالنظر في الدعاوى التجارية بشكل عام ودعوى الاستثمارية بشكل خاص بموجب

(1). ياسر باسم ذنون ، مصدر سابق ، ص 231 .

(2). المادة (2/704) من قانون التجارة المصري نصت (000 جاز للمحكمة بناءً على طلب قاضي التفليسة أن تقضي بإلزام أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين 000 بدفع ديون الشركة 000)

(3). المادة (183) من قانون التصفية والتسوية لأموال الشخص المعنوي الفرنسي رقم 98 لسنة 1985 التي نصت على (في الحالات المنصوص عليها في المادة 180 و182 تفصل المحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب من وكيل التفليسة ووكيل الدائنين ، المختص بتنفيذ خطة التسوية ، المصفي ، والنائب العام) ، أشار لها د- شريف محمد غنام ، مصدر سابق ، ص 403 .

(4). وهذا ما نصت عليه المادة (32) من قانون المرافعات العراقي (2- تختص محكمة البداية في الدعاوى الإفلاس وما ينشأ عن التفليسة وفق الأحكام المقررة في قانون التجارة)

البيان الصادر عن مجلس القضاء الأعلى في العراق المرقم (136 / ق / أ في 11/1/2010) ، حيث أصبح لهذه المحكمة أن تنظر بالدعاوى التجارية التي يكون أحد أطرافها أجنبياً أما إذا كانت الدعوى تجارية وليس فيها طرفٌ أجنبي فتتظر لدى محاكم البداءة⁽¹⁾. وعلى هذا فإن المستثمر الأجنبي عندما يستحوذ على شركة عراقية ويتسبب بإفلاسها فأن دعوى تكملة الدين التي تقام على المستحوذ الأجنبي يمكن أن تنظر بها هذه المحكمة على أنها دعوى تجارية فيها طرفٌ أجنبي ، أما إذا لم يكن فيها طرفٌ أجنبي فأن دعوى تكملة الدين تنظر من قبل محكمة البداءة . وان هذه المحكمة غير مشكلة في جميع محافظات العراق ، وعليه ندعو المشرع العراقي إلى إنشاء محكمة تجارية في كل محافظة من محافظات العراق وأن تختص بالنظر في جميع المسائل التجارية وإن كان أطرافها عراقيين لكونها محاكم أكثر تخصص من محاكم البداءة في المسائل التجارية .

أما المشرع المصري فقد عدَّ الحكم بمسؤولية أعضاء مجلس الإدارة والمديرين نتيجة العجز في موجودات الشركة من دعوى الإفلاس وان المحكمة المختصة بالنظر في دعوى تكملة الدين هي المحكمة التجارية التي أشهرت إفلاس الشركة⁽²⁾.

أما بالنسبة إلى التشريع الفرنسي فقد نصَّ في المادة(163) من المرسوم الصادر بقانون رقم 1388 في 27 ديسمبر 1985 على أن المحكمة المختصة بالنظر في دعوى تكملة الدين هي المحكمة المختصة بالتسوية القضائية للشركة المستحوذ عليها المتوقفة عن دفع ديونها⁽³⁾. وتتمتع المحكمة المختصة بالنظر بدعوى تكملة الديون بسلطة تقديرية واسعة ، حيث تظهر هذه السلطة في التشريع العراقي بترك الأمر جوازيًا إلى المحكمة بالزام أعضاء مجلس الإدارة أو المدير بديون الشركة وهذا ما هو واضح من نص المادة (2/722) في عبارة (جائزة لحاكم التفليسة) وفي ما يمتلكه من سلطة بالزام جميع أعضاء مجلس الإدارة أو بعضهم بديون الشركة دون البعض الآخر حسب ما تراه من حيث مساهمة كل منهم بالخطأ الذي أدى بالشركة إلى حالة الإفلاس ، وكذلك تظهر لسلطة التقديرية في تحديد مقدار الدين الذي يلتزم أعضاء مجلس الإدارة بدفعة⁽⁴⁾.

كما أن المشرع المصري منح المحكمة المختصة سلطة تقديرية واسعة كما في التشريع العراقي إلا أن الفارق بينهما هو أن المشرع العراقي منح هذه السلطة إلى قاضي التفليسة في حين أن المشرع المصري لم يمنح هذه السلطة لقاضي التفليسة مباشرةً وإنما إلى محكمة التفليسة⁽⁵⁾. ومحكمة التفليسة تتكون من عدة قضاة في التشريع المصري وهذا بخلاف التشريع العراقي الذي

(1). القرار متاح على شبكة الانترنت في الموقع www.ipiraq.com/index.Dhp

(2). عبد الرحمن السيد قرمان ، مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة والمديرين عن ديون الشركة المفلسة طبقاً لقانون التجارة الجديد ، دار النهضة العربي ، القاهرة ، 2001 ، ص 149 .

(3). نصت المادة (163) من قانون رقم 98 لسنة 1985 (المحكمة المختصة بالفصل في الحالات المنصوص عليها في المواد

180- 182 من قانون 1985/1/25) هي المحكمة المختصة بالتسوية القضائية للشخص المعنوي (أشار لها د - ياسر باسم

و عرفان عمر ، مصدر سابق ، ص 236 .

(4). ياسر باسم ، مصدر سابق ، ص 242 .

(5). نواف علي خليف ، مصدر سابق ، ص 59 .

يكون فيه قاضي التفليسة هو صاحب الاختصاص في هذا المجال على أنه قاضي محكمة البداية الذي قضى بإشهار إفلاس الشركة والتي تتكون من قاضي واحد وهو قاضي التفليسة نفسه⁽¹⁾ ، وكذلك في المحكمة التجارية حيث تشكل كما هو الحال في محاكم البداية .

مع الملاحظ في هذا المجال بان المحكمة عندما تتمتع بسلطة تقديرية في تحديد المبلغ الذي يلتزم به المدير أو أعضاء مجلس الإدارة بتقيد بحد أعلى وهو مجموع ديون الشركة المفلسة⁽²⁾ . أما عن المشرع الفرنسي فهو أيضاً يمنح المحكمة المختصة في دعوى تكملة الديون سلطة تقديرية واسعة في إلزام المدير بكل الديون أو جزء منها ، وهذه السلطة تمنح إلى المحكمة حتى ولو ثبت الخطأ من جانب المدير فالحكم بالإدانة ليس وجوبياً حتى مع ثبوت الخطأ ، ويستمد القاضي سلطته التقديرية هذه من نص المادة (180) من قانون التسوية والتصفية لأموال الشخص المعنوي⁽³⁾ .

الجدير بالذكر هنا أن المشرع العراقي وكذلك المصري لم يحدد المدة التي تتقدم بها دعوى تكملة الدين مما يقتضي الرجوع إلى القواعد العامة ، وبما أن دعوى تكملة الدين تطبيقاً خاصاً من تطبيقات المسؤولية التقصيرية فإنها تعتبر دعوى ناشئة عن عمل غير مشروع وبالتالي فإنها تتقدم بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم به المتضرر بوقوع الضرر ، واليوم الذي يعلم به المتضرر هو يوم الحكم بإفلاس الشركة حيث يعتبر اليوم الذي يعلم به المتضرر بعدم كفاية موجودات الشركة لوفاء ديونه ويعلم بمسؤولية المستحوذ ، وتسقط هذه الدعوى في جميع الأحوال مرور خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل الغير مشروع⁽⁴⁾ ، وهذا ما قضت به محكمة التمييز العراقي في حكمها عن مدة تقادم العمل الغير مشروع الصادر من الشخص سواء كان عنياً أم طبعياً⁽⁵⁾ . أما المشرع الفرنسي لم يترك مدة تقادم دعوى تكملة الدين إلى القواعد العامة بل نص على أنها تتقدم بمرور ثلاث سنوات من يوم صدور الحكم باعتماد خطة إصلاح المشروع أو من وم صدور الحكم بالتصفية القضائية⁽⁶⁾ .

امتداد إفلاس الشركة إلى المستحوذ:

تتمثل الوسيلة الثانية التي يمكن من خلالها مساءلة المستحوذ بكونه مديراً أو عضواً في مجلس الإدارة في التوسع أو مد إفلاس الشركة المستحوذ عليها إلى المستحوذ وإضافة ديون الشركة إليه كما لو كانت ديونه الخاصة وذلك على سبيل الجزاء ، وأن التوسع في إفلاس الشركة يفترض أن

(1). المادة (567) من قانون التجارة رقم 149 لسنة 1970 حيث نصت على (يكون الحاكم الذي قضى بإشهار إفلاس الشركة

هو حاكم للتفليسة نفسه)

(2). عبد الرحمن السيد قرمان ، مصدر سابق ، ص 160 .

(3). شريف غنام ، مصدر سابق ، ص 405 .

(4). المادة (232) من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة (1/172) من القانون المدني المصري .

(5). قرار محكمة التمييز العراقي العدد 7/ مدني أولى عقار / 2002 في 2002/2/10 منشور في مجلة الأحكام العدلية العدد

الثالث ، 2002 ، ص 52 ، 53 .

(6). المادة (180) من قانون التسوية والتصفية لأموال الشخص المعنوي الفرنسي رقم 98 لسنة 1985 ، أشار لها د - ياسر

باسم ذنون ، مصدر سابق ، 238 .

تكون هناك شركة تخضع إلى إجراءات التسوية أو التصفية القضائية إذ أن التوسع في الإفلاس ما هو إلا نتيجة لصدور حكم بإفلاس الشركة المستحوذ عليها⁽¹⁾. إلا أن هذا التوسع في الإفلاس يتمتع بخصوصية معينة تختلف عن القواعد العامة التي تحكم الإفلاس وتتمثل فيما يلي :

عدم تطلب صفة التاجر في الشخص المستحوذ لمد إفلاس الشركة إليه بخلاف القواعد العامة التي تتطلب صفة التاجر للحكم بإشهار إفلاسه .

إن التوسع في الإفلاس لا يشترط توقف المستحوذ عن دفع ديونه بينما هذا الشرط ضرورياً في القواعد العامة لشهر الإفلاس⁽²⁾. وهذا ما تؤكدته محكمة النقض الفرنسي حيث لم تشتط صفة التاجر للشخص المستحوذ أو توقفه عن دفع ديونه التجارية ، فيكفي لامتداد الإفلاس إلى هذا الشخص أن تتوافر فيه صفة المدير وأن يتوقف الشخص المعنوي المستحوذ عليه عن دفع ديونه التجارية ، وأن يكون المدير قد ارتكب أحد الحالات المنصوص عليها في المادة (182) من قانون رقم 98 لسنة 1985⁽³⁾.

ويبدو لنا أن التوسع في الإفلاس وفقاً إلى المادة (721) من قانون التجارة العراقي السابق والمادة (1/704) من قانون التجارة المصري أن يمتد إلى المديرين أو الشركاء أو حتى إلى الغير⁽⁴⁾، إلا أن الوضع الطبيعي يمتد الإفلاس إلى المدير أو أعضاء مجلس الإدارة لان هؤلاء هم الذي يمثلوا الشركة ويتعاملوا بأسمها ولمصلحتهم الخاصة وغيرها من التصرفات التي تسوغ مد الإفلاس إليهم ، بينما الغير يكون أقل احتمالاً من المدير بالقيام بهذه التصرفات⁽⁵⁾.

أما القانون الفرنسي فقد حدد في المادة (190) من قانون التصفية والتسوية لأموال الشخص المعنوي مسألة التوسع في الإفلاس بالمدير سواء كان مديراً فعلياً أم قانونياً إذا لم يدفع الديون التي وضعت على عاتقه⁽⁶⁾. وأن التوسع في الإفلاس لا يكون تلقائياً بمجرد صدور الحكم بإفلاس الشركة وإفما يكون بناءً على حكم صادر من محكمة مختصة بموجب دعوى التوسع في الإفلاس ، ولتوضيح ذلك لابد من الوقوف على أهم أحكام هذه الدعوى :

(1). شريف محمد غنام ، مصدر سابق ،ص 417 .

(2). نواف علي خليف ، مصدر سابق ،ص 62 .

(3) - cass. Com . 16 juin 1987 , Bull. Civ IV . n147 , p.111

نقلاً عن د - شريف محمد غنام ، مصدر سابق ، ص 418 .

(4). نصت المادة (721) من القانون التجاري العراقي السابق على (إذا طلب إشهار إفلاس الشركة جازة للمحكمة أن تقضي أيضاً بإشهار إفلاس كل شخص قام باسمها بأعمال تجارية لحسابه الخاص --)

(5). نواف علي خليف ، مصدر سابق ،ص 66

(6). نصت المادة (190) من قانون رقم 98 لسنة 1985 الفرنسي على (يجوز للمحكمة أن تحكم بالإفلاس الشخصي على مدير الشخص المعنوي الذي لم يدفع الديون التي وضعت على عاتقه) أشار لها د - ياسر باسم و عرفان عمر ، مصدر

صاحب الحق في الدعوى :

إن التشريع العراقي وكذلك المصري لم يحدد صاحب الحق في طلب التوسع بالإفلاس إلى المدير أو أعضاء مجلس الإدارة عند توقف الشركة عن دفع ديونها ، لذ فان صاحب الحق في طلب التوسع في الإفلاس يقوم على أساس المصلحة ، وان أكثر الأشخاص مصلحة في طلب التوسع في الإفلاس هم المساهمون الأقلية في الشركة المستحوذ عليها ودائنيها⁽¹⁾.

أما المُشرع الفرنسي فقد حدد على سبيل الحصر في المادة (183) من قانون والتصفية والتسوية لأموال الشخص المعنوي الأشخاص الذي يحق لهم طلب التوسع في الإفلاس وهم كل من وكيل التفليسة ووكيل الدائنين والمختص في تنفيذ خطة التسوية والمصفي والنائب العام وكذلك المحكمة من تلقاء نفسها أن تحكم بالتوسع بالإفلاس إلى المدير⁽²⁾

المحكمة المختصة :

بالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة إلى التوسع بالإفلاس في التشريع العراقي والتشريع المصري لم نجد فيها ما يشير إلى المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الإفلاس⁽³⁾ ، إلا أنه من السهل تحديد المحكمة المختصة بدعوى التوسع وهي المحكمة التي أشهرت إفلاس الشركة لأنها المحكمة التي حددت أسباب الإفلاس والمسؤولين عنه ، كما أن دعوى التوسع من دعوى الإفلاس التي تختص بها محكمة واحدة ، وهذه المحكمة في التشريع العراقي هي محكمة البداءة في الدعوى التي يكون أطرافها عراقيين والمحكمة التجارية في الدعوى التي يكون فيها طرف أجنبي ، والمحاكم التجارية في التشريع المصري .

أما المُشرع الفرنسي فقد حدد في المادة (163) من قانون والتصفية والتسوية لأموال الشخص المعنوي المحكمة المختصة في طلب التوسع في الإفلاس هي المحكمة المختصة بإجراء التسوية والتصفية القضائية للشركة.

آثار التوسع في الإفلاس:

إنَّ صدور حكم التوسع بإفلاس الشركة إلى المستحوذ سواء كان مديراً أو عضواً في مجلس الإدارة يترتب عليه نتائج هامة وهي تكوين جماعتين من الدائنين إتجاه المستحوذ الأولى دائني الشخص المعنوي (الشركة المفلسة) والثانية دائني المستحوذ الذي أمتد الإفلاس إليه ، وأن تكوين هذين الجماعتين جاء نتيجة لإجراءين مختلفين الأول إجراء التسوية والتصفية القضائية للشركة المستحوذ عليها والثاني إجراء التوسع في الإفلاس إلى المستحوذ وبالتالي ألزام المستحوذ الممتد إليه الإفلاس بديون الشركة كما لو كانت ديونه الخاصة⁽⁴⁾ . ولا بد من الملاحظ أن ديون الشركة المستحوذ عليها عندما تنتقل إلى المستحوذ بسبب امتداد الإفلاس إليه فإنها تفقد خصائصها

(1). نواف علي خليف ، مصدر سابق ، ص 67

(2). عبد الرحمن السيد قرمان ، مصدر سابق ، ص 146 .

(3). المادة (721) من القانون التجارة العراقي السابق والمادة (1/704) من القانون التجارة المصري .

(4). راجع في ذلك نواف علي ، مصدر سابق ، ص 69

وامتيازاتها وتضاف إلى ديونه على أنها ديون عادية⁽¹⁾.

إلزام المستحوذ بتعويض الشركة:

إن أي تصرف يصدر من المستحوذ بكونه مديراً فعلياً للشركة أي مالك أغلبية حقوق التصويت في الجمعية العامة أو عضواً في مجلس الإدارة وترتب عليه ضررٌ أصاب مصلحة للشركة المستحوذ عليها يستوجب مساءلة المستحوذ عن ذلك ، إذ قد لا تتفق مصلحة المستحوذ مع مصلحة الشركة وأن انحراف المستحوذ عن تحقيق مصلحة الشركة تحقيقاً لمصالحه الخاصة يكون فيه تعسفاً لما يمتلكه من سلطة إدارية في الشركة المستحوذ عليها⁽²⁾.

وقد يترتب على خطأ المستحوذ أو تعسفه في الإدارة ضررٌ خاصاً يصيب المساهمين فيها فعندئذ للمتضرر أن يرفع دعوى فرديه على المستحوذ للمطالبة بالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية ، وقد يجتمع هذا الضرر مع الضرر الذي أصاب الشركة فهل يحق للمساهم المتضرر إقامة دعوى الشركة لمطالبة المستحوذ بالتعويض عن الأضرار التي أصابته أم ذلك فقط للشركة المتضررة ؟ للإجابة على ذلك لابد من الوقوف على أهم أحكام دعوى الشركة باعتبارها الوسيلة التي تلزم المستحوذ بالتعويض عما أصاب الشركة من ضرر .

أولاً : صاحب الحق برفع دعوى الشركة:

الأصل أن دعوى الشركة تقيمها الشركة المتضررة كشخص معنوي لحماية مصالحها وحقوقها عن طريق ممثلها القانوني⁽³⁾ ، حيث يمكن أن يرفعها مجلس الإدارة الجديد أو المصفي⁽⁴⁾ ، أو الجمعية

(1). شريف غنام ، مصدر سابق ، ص 422 .

(2) د- وجدي سلمان حاطوم ود- صلاح الدين ، دور المصلحة الجماعية في حماية الشركات التجارية ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ص 628 ، 629 .

(3) د- إلياس ناصيف ، الكامل في القانون التجاري ، ج 2 ، الشركات التجارية ، منشورات البحر المتوسط وعودات ، 1982 ، ص 313 .

(4) راجع المادة (158/أولاً) من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 .

العامّة وذلك بما تتمتع به من سلطة عليا في الشركة، وعليه فالمدعي في دعوى الشركة هي الشركة المتضررة والتي يقع عليها أثبات الخطأ بطرق الإثبات كافة والمدعى عليهم هم المسؤولون عن الأخطاء الإدارية .

عليه فإن المستحوذ يمكن أن يكون مدعى عليه في دعوى الشركة بكونه مسؤولاً عن الإدارة عند ارتكابه أخطاء إدارية إصابة الشركة بضرر .

وإذا كان الأصل إن الشركة هي التي تقيم هذه الدعوى ألا أنه يمكن أن تقام بصورة استثنائية من قبل المساهمين الأقلية فيها وذلك في حالة تقاعس إدارة الشركة ودون مسوغ عن القيام بدورها في حماية حقوقها ومصالحها أو يكون مجلس الإدارة هو المخطأ وتهمل الجمعية العامة مقاضاة أفراد المجلس المسؤولين عن الخطأ ، وان المساهم الذي يقيم دعوى الشركة مختصم مجلس الإدارة أو المدير ومطالب بالتعويض يستند في ذلك إلى أن الضرر لا يقتصر على الشركة فقط وإنما يتأثر به المساهمون أيضاً⁽¹⁾. وأن الأساس القانوني في ذلك يرجع إلى أن مسؤولية مجلس الإدارة أو المدير عن حسن إدارة الشركة مصدرها القانون حيث لا يجوز الإعفاء منها أو تخفيفها، وبالتالي يكون من حق كل مساهم مباشرة دعوى الشركة إن لحقه ضرر من تصرفات المستحوذ على الإدارة⁽²⁾.

ويحقق الاعتراف إلى المساهم برفع دعوى الشركة مزايا عديدة منها يحث مجلس الإدارة إلى حماية حقوق وأموال الشركة ، ويحد من تعسف الأغلبية المستحوذة على الإدارة وخاصة عندما يكون مجلس الإدارة يمتلك النصاب الأكبر في الجمعية العامة أو له نفوذ مؤثر حيث يجعل الجمعية العامة عاجزة عن محاسبة مجلس الإدارة ، وإن أعطى الحق للمساهم برفع دعوى الشركة يحد من الآثار السلبية الناتجة عن سيطرة وتسلط الأغلبية المستحوذة ويدفع المسؤول عن الإدارة إلى الاهتمام بشؤون الشركة⁽³⁾.

وعلى الرغم من أهمية هذه الدعوى فعند الرجوع إلى التشريع العراقي لم نجد فيه ما يشير صراحة إلى حق المساهمين الأقلية برفع هذه الدعوى ، وعليه ندعو المشرع العراقي إلى الاعتراف للمساهمين الأقلية بحق رفع دعوى الشركة عند تقاعس أو إهمال المسؤولون في إدارة الشركة عن أقامتها أو تواطئها مع المستحوذ.

أما المشرع المصري فقد أقر صراحة بحق المساهم في رفع دعوى الشركة ضد أعضاء مجلس إدارتها بسبب تقصيرهم أو إهمالهم في إدارة شؤونها⁽⁴⁾.

(1). عالية يونس ، مصدر سابق ، ص 110 .

(2). عالية يونس ، المصدر السابق ، ص 110 .

(3). محمد تنويرة الراجحي ، مصدر سابق ، ص 232 ، 233 .

(4). المادة (3/102) من قانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981 .

كما أن المُشرِّع الفرنسي أجاز إلى المساهمين إقامة دعوى الشركة، وأن القضاء الفرنسي منح المساهم المنفرد حق إقامة دعوى الشركة لحماية مصالح الشركة وباقي المساهمين فيها⁽¹⁾. كما أن المُشرِّع الإنجليزي اقر في المادة (459) من قانون الشركات 1985 إلى الشريك رفع دعوى الشركة إذا كان هناك مسلك ضاراً أو غير عادلاً في إدارة الشركة يمس مصالح الشركاء أو بعض منهم أن تقاعس الممثل القانوني عن رفعها، وهذا ما أسسته المحكمة العليا الانكليزية في قضية (Foss V. Harbottle) عام 1843⁽²⁾.

التعويض الناتج عن دعوى الشركة

يترتب على إقامة دعوى الشركة الحكم بالتعويض عن الإضرار التي أصابها من جراء تعسف أو خطأ المستحوذ في الإدارة بكونه العضو المسيطر على مجلس الإدارة، ولا شك بان التعويض يؤل إلى الشركة عندما تقام الدعوى من قبل الممثل القانوني لها، لكن عندما تقام دعوى الشركة من قبل المساهم فلمن يؤل مبلغ التعويض إلى المساهم الذي رفع الدعوى أم إلى الشركة التي رفع المساهم دعواها؟

لقد ذهب البعض من الفقه إلى أنه يجوز للمساهم أن يحتفظ بالتعويض لأنه لا يمثل الشركة في ممارسته للدعوى وإنما يطالب باسمه الشخصي ولحسابه الخاص بالتعويض وبقدر الضرر الذي لحقه به، وذهب رأي آخر من الفقه إلى القول بأنه لا يجوز للمساهم الاحتفاظ بالتعويض لنفسه ويجب عليه أن يرد مبلغ التعويض إلى خزينة الشركة لأنها كانت نتيجة ممارسة دعواها وما المساهم ألا نائباً عنها⁽³⁾.

ونرى أن التعويض هنا يجب أن يؤل إلى خزينة الشركة لان هذه الدعوى تقام لإصلاح الضرر الذي لحق الشركة بصورة عامه وأن أجمع معه ضرر أصاب المساهم، كما أن المساهم بإمكانه المطالبة بإصلاح الضرر الذي أصابه عن طريق الدعوى الفردية وكما القول بان التعويض يؤل إلى المساهم في دعوى الشركة نكون أمام دعوى فردية.

(1).عالية يونس ، مصدر سابق ، ص 111 .

(2). نقلاً عن محمد تنوير ، مصدر سابق ، ص 242.

(3). راجع في ذلك د- إلياس ناصيف ، مصدر سابق ، ص 316 و محمد تنوير الرافي ، المصدر السابق ، ص 236, 237 .

المبحث الثالث

المسؤولية التقصيرية للمستحوذ على الشركة المساهمة:

من المعروف أن أي شخص يرتكب خطأ عند قيامه بممارسة نشاط معين وسبب ضرراً للغير قامت مسؤولية عن ذلك وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية ، كما يمكن أن تتحقق مسؤولية الشخص عن الأفعال التي يرتكبها ممثلوه أو الأشخاص التابعين له ونتج عنها ضرراً أصاب الغير وفقاً لقواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه.

لذلك فإن المسؤولية القانونية للمستحوذ وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية تنشأ عن كل تصرف غير مشروع ينسب إليه سواء من خلال ما يصدر عنه من أخطاء شخصية أو من الأخطاء التي تصدر عن تابعيه والممثلين له في الشركة المستحوذ عليها .ولتطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية على المستحوذ على الشركة المساهمة، لا بد من بيان أسباب تحقق هذه المسؤولية والآثار التي تترتب عليها .

لذا سنعرض في المبحث مطلبين ، المطلب الأول: أسباب تحقق المسؤولية التقصيرية للمستحوذ وفي الثاني آثار المسؤولية التقصيرية للمستحوذ.

أسباب تحقق المسؤولية التقصيرية للمستحوذ:

إن أسباب تحقق المسؤولية التقصيرية للمستحوذ على الشركة المساهمة يمكن أن تجد لها أساساً في النصوص القانونية التي تحكم هذه المسؤولية بشكل عام سواء ما كان يتعلق بالمسؤولية عن التصرفات الشخصية التي تصدر من المستحوذ نفسه، أو المسؤولية عن تصرفات الأشخاص التابعين له، أو ممثليه في الشركة المستحوذ عليها. ولما كانت المسؤولية التقصيرية بصورة عامة تقوم على أساس الخطأ، سواء أكان خطأً شخصياً، أم خطأً التابعين له والضرر والعلاقة السببية بينهما فإن أسباب تحقق المسؤولية التقصيرية للمستحوذ هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية.

لذا سنتناول هذا المطلب من خلال فرعين ، في الفرع الأول خطأ المستحوذ وفي الثاني الضرر والعلاقة السببية بينهما .

أولاً ، خطأ المستحوذ:

إن خطأ المستحوذ يُعدُّ من أهم أركان أو أسباب تحقق المسؤولية التقصيرية إذ بغير تحقق الخطأ لا يمكن القول بوجود المسؤولية التقصيرية .

وقد قيل في الخطأ التقصيري تعاريف متعددة حيث عرف هو إخلال بالتزام قانوني، والإخلال هو تجاوز الحدود التي يجب على الشخص الالتزام بها في سلوكه أي انحراف في السلوك واء كان تعمداً أم غير متعمد⁽¹⁾.

(1). عبد المجيد الحكيم و ود- عبد الباقي البكري و د- محمد طه البشير , نظرية الالتزام في القانون العراقي , ج 1 , مصادر

كما قيل في الخطأ التقصيري هو مخالفة لواجب قانوني مفروض على الكافة ، مضمونه احترام حقوق الأفراد وعدم الإضرار بهم ، وهو ما يعبر عنه ارتكاب فعل غير مشروع ينتج عنه ضرر يجب تعويضه من جانب مقترف الخطأ⁽¹⁾. وإن أساس المسؤولية التقصيرية هذه يختلف باختلاف مصدر الخطأ فإما أن تكون مسؤولية شخصية للمستحود ، أو مسؤولية عن أخطاء الغير التابعين له ، ولبيان ذلك سنحاول الإحاطة بركن الخطأ التقصيري للمستحود عن الأفعال الشخصية أولاً ومن ثم بيان مسؤولية المستحود عن أفعال التابعين له.

ثانياً مسؤولية المستحود عن أفعاله الشخصية :

إن مسؤولية المستحود التقصيرية عن الأفعال الشخصية تقوم على الخطأ الواجب الإثبات، فالخطأ هنا لا يفترض وإنما على المدعي أثباته⁽²⁾.

أي أن خطأ المستحود هنا هو الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الشخصية إذ لا يمكن القول بتحقيق المسؤولية التقصيرية للشخص بدون صدور خطأ منه وهذا ما أكدته المشرع العراقي في المادة (186) من القانون المدني حيث نص (1- إذا أُلّف أحد مال غيره أو نقص قيمته مباشرة أو تسببا يكون ضامناً ، إذا كان في أحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى). وكذلك نص المشرع المصري في المادة (163) من القانون المدني علي انه : (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من مرتكبه بالتعويض) ، وهذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي أيضاً في المادة (1382) من القانون المدني الذي نص (كل فعل يحدث ضرراً للغير يلزم من وقع الضرر بخطئه بتعويضه)⁽³⁾. وإن الخطأ بصورة عامة يقوم على ركنين الأول مادي يتمثل في الإخلال أو التعدي سواء أكان صادراً عن عمد ، أم عن غير عمد والركن الثاني معنوي يتمثل في الإدراك و التمييز ، إلا أن الفقه اختلف حوله مدى اشتراط هذا الركن الثاني لتقرير المسؤولية التقصيرية⁽⁴⁾ . وفي مجال دراستنا يمكن تصور انطباق ركني الخطأ التقصيري على المستحود ، حيث يتمثل الركن المادي بالانحراف في السلوك سواء كان متعمداً أم غير متعمداً أو تعسف المستحود في الإدارة بإحداث ضرراً للغير ، إلا أن إثبات هذا الركن يثير بعض الصعوبات لان المستحود هو الذي يمثل الأغلبية في الجمعية العامة وأن قانون الأغلبية يعني إن الأغلبية هذه هي صاحبة الاختصاص في تقرير مصالح الشركة ولتحقيق هذا الركن لا بد

الالتزام ، بدون مطبعة ، 1986 ، ص 215 .

(1). أكرم محمد حسين ، التنظيم القانوني للمهني ، دراسة مقارنة في نطاق الأعمال التجارية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية

الحقوق جامعة النهدين ، 2008 ، ص 143 .

(2). حسن عكوش ، المسؤولية المدنية ، مكتبة القاهرة ، 1957 ، ص 24 .

(3). نقلاً عن علي فوزي إبراهيم ، العقود التجارية للطاقة الكهربائية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة

بغداد ، 2004 ، ص 153 .

(4). راجع في تفصيل ذلك د- عبد المجيد الحكيم وآخرون ، مصدر سابق، ص 215 وما بعدها

من إقامة الدليل على إن المستحوذ وهو الذي يمثل الأغلبية قد انحرف عن الطريق المعتاد للإدارة وهو يتصرف باسم الشركة هادفاً من وراء ذلك تحقيق مصلحة خاصة⁽¹⁾.
أما الركن المعنوي فقد تضاءلت أهميته في الكثير من التشريعات⁽²⁾، ألا أنه من الصعب تصور أن يكون المستحوذ ناقص الأهلية لان مصدر الاستحواذ هو تداول الأوراق المالية والذي يجب أن يكون المتعامل بها كامل الأهلية .

كما أنّ الشخص المعنوي المستحوذ والذي تطبق في شأنه قواعد المسؤولية التقصيرية كما في الشخص الطبيعي فقد أنتقد على أساس أن ليس للشخص المعنوي إرادة لذا أتفق الفقه في مصر وفرنسا على اعتبار أن الشخص المعنوي مسؤول مسؤولية أصلية عن أخطائه الشخصية ويكتفي لتقرير هذه المسؤولية بالركن المادي دون الركن المعنوي⁽³⁾. وأن الأخطاء الشخصية التي تترتب عليها المسؤولية التقصيرية تتعدد وتتنوع من أخطاء ايجابية تتمثل في القيام بعمل يحرمه القانون وأخطاء سلبية تتمثل في الامتناع عن عمل يوجب القانون⁽⁴⁾. وفي مجال الاستحواذ على الشركات يمكن تصور وقوع هذه الأخطاء بنوعها من جانب المستحوذ ، فعلى سبيل المثال يمكن أن تتحقق مسؤولية المستحوذ القانونية إذا تصرف بشكل يخالف حسن النية ولا تتطابق تصرفاته مع الأمانة الواجب توفرها في المعاملات بما يترتب عليها ضرر بمصلحة الشركة المستحوذ عليها ، فالمستحوذ ملزم بان يراعي مصلحة الشركة عند إصدار قرارات والتعليمات المنظمة لها بكونه يمثل الأغلبية في الجمعية العامة وإذا ثبت أن المستحوذ كان يهدف إلى تحقيق مصلحة الشخصية يكون مسؤولاً عن جميع الإضرار التي نتجت عن هكذا تصرفات⁽⁵⁾.

كما يمكن أن تتحقق مسؤولية المستحوذ عند الامتناع عن اتخاذ القرارات التي تصب في مصلحة الشركة والتي تفرض عليه ضرورات الواقع اتخاذها وبقي متمسك بموقفه السلبي ولم يتصرف بما له من سلطة إدارية لدفع الضرر.

مسؤولية المستحوذ عن أخطاء تابعة :

يمكن أن تثار مسؤولية المستحوذ عن أخطاء التابعين له في حالة كون المستحوذ على الشركة

(1). عبد الفضيل محمد ، حماية الأقلية من القرارات التعسفية الصادرة عن الجمعية العامة للمساهمين ، دراسة مقارنة ،

بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، العدد الأول ، السنة الأولى ، 1986 ، ص 43

(2). حيث لم نجد لركن الإدراك والتمييز أهميته في التشريع العراقي الذي أقر بالمسؤولية التقصيرية للصبي الغير مميز

معتمدا على ركن الإخلال فقط ، وهذا ما نصت عليه المادة (191) من القانون المدني العراقي (1 - إذا أتلّف الصبي

مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزم الضمان من ماله) .

(3). عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، السكندرية ، 2004

ص 668 ،

(4). عبد المجيد الحكيم وآخرون ، مصدر سابق ، ص 220 .

(5). شريف محمد غنام ، مصدر سابق ، ص 423 .

المساهمة شخصاً معنوياً (شركة) فالشخص المعنوي لا يستطيع مباشرة أعمال الإدارة في الجمعية العامة للشركة المستحوذ عليها أو المشاركة في عضوية مجلس الإدارة بنفسه وإنما من خلال أشخاص طبيعيين تابعين له والذين يمثلونه في الشركة المستحوذ عليها، كما أن الشركة المستحوذ عليها نفسها تابعه للمستحوذ، فوجود هذه العلاقة التبعية بين المستحوذ والشركة المستحوذ عليها تمنح المتضرر من تصرفات التابع إقامة الدعوى مباشرةً على المتبوع (المستحوذ) وهذا يكون مسؤول عن الضرر الذي سببه التابع له لان هذا الأخير تصرف باسم ولحساب المستحوذ (المتبوع) أو لأنه خاضع لسيطرة المستحوذ.

إلا أنه لا توجد نصوص قانونية خاصة تحكم مسؤولية الشركة المستحوذة عن أخطاء التابعين لها لذلك اختلف الفقه حوله تقرير هذه المسؤولية، إلا أن الرأي الراجح ذهب إلى تقرير مسؤولية الشركة المستحوذة عن تصرفات التابع لها في الشركة المستحوذ عليها، وبذلك تسأل عن جميع الإضرار الناتجة عن تصرفات التابع استناداً إلى أنها تكون قد أخطأت بإساءة اختيار هذا الشخص التابع لها وأن المنطق يقتضي تحميلها نتائج هذا الاختيار⁽¹⁾.

يرجع في تقرير هذه المسؤولية إلى النصوص القانونية المنظمة إلى مسؤولية المتبوع عن أخطاء التابع بصورة عامة، حيث نصّ المشرع العراقي في المادة (219) من القانون المدني على 1- الحكومة والبلديات المؤسسات الأخرى التي تقوم بخدمة عامة، وكل شخص يستغل إحدى المؤسسات الصناعية أو التجارية، يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم، إذا كان الضرر ناشئاً عن تعدّد وقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم)، وما ذهب إليه المشرع المصري في المادة (174) من القانون المدني الذي نص على أنه :

يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعة بعمل غير مشروع متى كان واقعاً منه في حالة تأديته وظيفه أو بسببها) وذهب إليه المشرع الفرنسي أيضاً في المادة (1/1384) من القانون المدني التي نصّت (لا يسأل المرء عن الضرر الذي تسبب بفعله الشخصي فحسب وإنما يسأل أيضاً عن الضرر المتسبب عن فعل الأشخاص المسؤولين عن رقابتهم⁽²⁾) ومن خلال مراجعة هذه النصوص يتبين إنها تشترط لتحقيق مسؤولية المتبوع عن أخطاء التابع الشروط التالية :

وجود العلاقة التبعية :

تقوم هذه العلاقة على السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه التي تثبت للمتبوع على التابع⁽³⁾،

(1). مصطفى طه، القانون التجاري، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1982، ص206، وكذلك نواف علي، مصدر سابق

. Barry Jones , Christopher Hibbrt , op.cit , p.171 , 114،

(2). نقلاً عن علي فوزي، العقود التجارية للطاقة الكهربائية، مصدر سابق، ص159.

(3). د حسن عكوش، مصدر سابق، ص254.

حيث إن مسؤولية المتبوع عن تصرفات التابع لا تقوم بمجرد الاختيار الذي يقوم به المستحوذ للشخص الممثل له في الشركة المستحوذ عليها وإنما يجب أن تكون هناك علاقة بينهما تجعل المتبوع (المستحوذ) يسيطر على أعمال التابع ويسيرها كيفما يشاء بما يصدره إليه من أوامر وتعليمات ، أي أن العلاقة التبعية بينهما تقوم على الرقابة والتوجيه بحيث تكون للمتبوع سلطة بإصدار الأوامر إلى التابع التي تتعلق بالكيفية التي يؤدي بها عملة ، والرقابة على تنفيذ تلك الأوامر⁽¹⁾. وفي مجال مجموعة الشركات المستحوذة أو المسيطرة على شركات تابعة لها يعد هذا الشرط متحققاً حيث تتولى الشركة المستحوذة رقابة وتوجيه الشركة المستحوذ عليها ، إذ تختص الشركة المستحوذة بإصدار القرارات الرئيسية أو المهمة التي تتعلق بالسياسة العامة للشركة المستحوذ عليها ، مثل القرارات المتعلقة بوضع السياسات الاستثمارية والتسويق والتشغيل وإعداد الميزانية العامة وغيرها وبالتالي تكون الشركة المستحوذة مسؤولة عن أخطاء الشركة المستحوذ عليها⁽²⁾.

خطأ التابع أثناء خدمة المتبوع:

إن أساس قيام مسؤولية المتبوع هو تحقق مسؤولية التابع ، لذلك يجب لقيام مسؤولية المتبوع تحقق مسؤولية التابع ، ولا تتحقق مسؤولية التابع إلا عند ارتكابه عملاً غير مشروع سبب ضرراً للغير ، فإن لم يصدر من التابع هذا الخطأ فلا يمكن القول بتحقيق مسؤولية المتبوع أي أن مسؤولية المتبوع تدور وجوداً وعدمياً مع مسؤولية التابع ، وهذا ما هو متفق عليه في مختلف التشريعات⁽³⁾.

كما يجب أن يكون خطأ التابع قد ارتكب أثناء تأدية الوظيفة أو كانت الوظيفة هي التي ساعدته على ارتكابه أو هيئة الظروف له ، أما إذا وقع خطأ التابع في خارج حدود الوظيفة فيكون وحده المسؤول عن ذلك الخطأ لانتفاء الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية المتبوع وهو افتراض الإخلال بواجب الرقابة والتوجيه على التابع⁽⁴⁾.

نرى أن المستحوذ يتحمل الأخطاء التي يرتكبها الشخص المدير أو عضو مجلس الإدارة الممثل له في الشركة المستحوذ عليها عند وقوع هذا الخطأ أثناء تأدية أعمالهم لوجود العلاقة التبعية بينهما ، وفي مجال الشركات القابضة المستحوذة على شركات أخرى تابعة لها فإن الشركة القابضة تتحمل مسؤولية الشركات التابعة لها ، لان الشركة التابعة تنفذ سياسة الشركة القابضة وتخضع إلى

(1). سامي النصراوي والقاضي قيس سلمان السالم ، ضمان المسؤولية المدنية عن فعل الغير ، دار الطباعة الحديث ، عشار ، البصرة ، بدون سنة . ص 22 .

(2). نواف علي خليف ، مصدر سابق ، ص 115 .

(3). أحمد نعمة العادلي ، وسائل دفع المسؤولية المدنية في القانون الخاص ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة النهريين ، 2008 ، ص 82 .

(4). عبد المجيد الحكيم وآخرون ، مصدر سابق ، ص 264 .

سيطرة وهيمنة الشركة القابضة ، حيث تمتلك الشركة القابضة سلطة الرقابة والتوجيه على الشركة التابعة (المستحوذ عليها) ، أما إذا تخلصت الشركة المستحوذ عليها من سيطرة وهيمنة الشركة المستحوذة وأصبحت مستقلة في اتخاذ قراراتها وممارسة نشاطها بدون رقابة الشركة المستحوذة فعندئذ لا تسأل الشركة المستحوذة عن أخطاء الشركة المستحوذ عليها .

أما عن أساس مسؤولية المتبوع عن أخطاء التابع فقد اختلف الفقه حول أساس هذه المسؤولية⁽¹⁾ ، ألا أن التشريعات ذهبت إلى اتجاهين ، هما الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس والخطأ المفترض غير قابل لإثبات العكس ، فقد ذهب التشريع العراقي إلى إن أساس مسؤولية المتبوع هو الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس ، حيث يستطيع المتبوع التخلص من المسؤولية بنفي قرينة الخطأ بإثبات أنه بذل العناية المطلوبة لمنع وقوع الضرر⁽²⁾ .

أما التشريع المصري والفرنسي فقد اعتبرا أساس مسؤولية المتبوع هو الخطأ المفترض الغير قابل لإثبات العكس فلا يجوز الإفلات من المسؤولية بإثبات أنه بذل العناية المطلوبة لمنع وقوع الضرر⁽³⁾ .

وعلى هذا فان المستحوذ يستطيع التخلص من المسؤولية وفقاً للتشريع العراقي بإثبات أنه بذل عناية الرجل المعتاد في اختيار الممثل له في الشركة المستحوذ عليها أو بنفي العلاقة السببية بين خطأ التابع له وبين الضرر الذي أصاب الغير ، بينما لا يستطيع المستحوذ أن يتخلص من المسؤولية في التشريعات المقارنة إلا بنفي العلاقة السببية بين خطأ التابع والضرر الذي أصاب الغير .

ثانياً : الضرر والعلاقة السببية.

لكي تتحقق المسؤولية التقصيرية للمستحوذ لابد من تحقق الضرر الناتج عن خطأ المستحوذ أو التابعين له ، إذ ليس الخطأ هو الركن الوحيد لقيام المسؤولية التقصيرية للمستحوذ بل يجب أن يجتمع معه الأركان الأخرى من الضرر والعلاقة السببية ، وهذا ما سنتناوله فيما يلي :

أولاً ، الضرر :

يمكن تعريف الضرر بأنه أذى يصيب الشخص في حق أو مصلحة مشروعة له ، وهو ركن من أركان المسؤولية التقصيرية بحيث إذا انتفى الضرر لا يمكن القول بتحقيق المسؤولية التقصيرية للمستحوذ⁽⁴⁾ ، ويشترط في الضرر لكي يستطيع المتضرر المطالبة عنه بالتعويض ما يلي :

_____ أن يكون الضرر محققاً :

(1).راجع في ذلك د - عبد المجيد الحكيم وآخرون ،المصدر السابق ، ص 266 .

(2). المادة (219) من القانون المدني العراقي التي نصت على(يستطيع المخدوم أن يتخلص من المسؤولية إذا ثبت انه بذل

ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر)

(3). عبد المجيد الحكيم وآخرون ، مصدر سابق ، ص 266 .

(4). عبد المجيد الحكيم وآخرون ، المصدر السابق ، ص 212 .

الضرر المحقق هو المؤكد الحدوث سواء كان حالاً أو مؤكداً الوقوع في المستقبل⁽¹⁾، كما لو تعهد المستحوذ بتزويد مصنع تابع إلى الشركة المستحوذ عليها بالمواد الأولية للإنتاج في فترات متعاقبة فعند توقف المستحوذ عن التزويد بصورة مفاجئة، فإن الضرر يكون محققاً وإن وقع في المستقبل إذا كان لدى المصنع بعض المواد الأولية ما يكفي في الحال ما دام المصنع سوف يضطر إلى التوقف عن الإنتاج لمدة ما، وأن هذا التوقف يكون قد سبب له خسارة فيكون المستحوذ ملزماً بالتعويض عن هذه الخسارة، أما الضرر المحتمل الذي لم يحدث ولا يوجد ما يؤكد حدوثه فلا يجوز المطالبة بالتعويض عنه.

أن يكون الضرر مباشراً :

المقصود بالضرر المباشر هو الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر عن الوفاء به⁽²⁾.

أن يكون الضرر أصاباً حقاً أو مصلحة مشروعاً⁽³⁾

يشترط في الضرر أن يصيب حقاً أو مصلحة مشروعاً كاستعمال الشركة العلامة التجارية المملوكة والمسجلة للغير فيحق لمالك العلامة التجارية المطالبة بالتعويض، إما إذا كانت المصلحة غير مشروعاً فلا تعويض عنها فلا يحكم لسارق براءة الاختراع بالتعويض إذا انتزعت منه. ويختلف الضرر الذي ينتج عن خطأ المستحوذ أو احد التابعين له من حالة إلى أخرى، كما يمكن أن يتنوع هذا الضرر إلى ضرر مادي وضرر أدبي وهذا بخلاف الضرر في دعوى تكملة الدين الذي يقتصر فيه الضرر على الضرر المادي فقط، فالمدعي في دعوى تكملة الدين لا يستطيع أن يطالب إلا بالتعويض عن الضرر المادي دون الضرر الأدبي في حين وفق المسؤولية التقصيرية يستطيع المدعي أن يطالب بالتعويض عن الضرر المادي والأدبي.

ثانياً، العلاقة السببية:

تعني العلاقة السببية هو أن يكون الضرر ناتجاً عن الخطأ الذي ارتكبه المستحوذ أو خطأ أحد التابعين له⁽⁴⁾.

حيث إنَّ العلاقة السببية بين الخطأ والضرر هو ركن من أركان المسؤولية التقصيرية، فوجود الخطأ والضرر لا يكفيان لتحقيق المسؤولية التقصيرية للمستحوذ وإنما يجب أن يكون الضرر

(1). عبد الرزاق السنهوري، ج 1، مصدر سابق، ص 717.

(2). المادة (207) من قانون المدني العراقي التي نصت (1- تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل الغير مشروع)

(3). السنهوري، ج 1، مصدر سابق، ص 714.

(4). عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص 236.

ناتجاً عن الخطأ، أي أن العلاقة السببية تتحقق متى تبين أن الخطأ هو علة الضرر وأن الضرر ما كان ليحدث لولا ارتكاب الخطأ⁽¹⁾.

ويجب على مدعي الضرر إثبات العلاقة السببية لقيام المسؤولية التقصيرية للمستحوذ إلا أن إثبات هذه العلاقة تعتبرها بعض الصعوبات في حالات معينة كما لو تعددت الأسباب التي ساهمت في أحداث الضرر ودون أن يستغرقها احدهما، حيث يندر أن يكون سبب واحد أدى إلى أحداث الضرر، كما من المتصور أن يكون المتضرر نفسه قد ساهم في أحداث الضرر، ومن أجل مواجهة صعوبات تعدد الأسباب طرح الفقه نظريتين لإثبات العلاقة السببية هما:

نظرية تعادل الأسباب :

قال بهذه النظرية الفقيه الألماني (von Buri) وموجب هذه النظرية إن كل سبب ساهم في إحداث الضرر تعتبر العلاقة السببية بينه وبين الضرر متوافرة، فجميع الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر متكافئة وكل واحد منها يعتبر سبباً، أي أن كل سبب ساهم في وقوع الضرر بحيث لولاه ما وقع الضرر يعد سبباً، فإذا كان يمكن اعتبار خطأ المستحوذ ضمن هذه الأسباب يمكن القول بان العلاقة السببية متوافرة بينه وبين الضرر .

نظرية السبب الفعال أو المنتج :

قال بهذه النظرية الفقيه الألماني (von Kries) وموجب هذه النظرية يجب البحث عن جميع الأسباب والتمييز بين السبب الفعال أو المنتج الذي يكون وحدة كافية لأحداث الضرر وبين السبب الثانوي، حيث تعتبر العلاقة السببية متوافرة بين السبب الفعال أو المنتج وبين الضرر دون الأسباب الأخرى الثانوية⁽²⁾، وعليه وفقاً لهذه النظرية إذا كان خطأ المستحوذ يعتبر سبب فعلاً أو منتجاً فإن العلاقة السببية بينه وبين الضرر تعد متوافرة .

وهذه النظرية تمثل اتجاه الفقه الإسلامي ويعول عليها القضاء العراقي والتي أخذ بها القضاء المصري والفرنسي⁽³⁾.

آثار المسؤولية التقصيرية للمستحوذ:

إذا توفرت أركان المسؤولية التقصيرية من خطأ المستحوذ والضرر والعلاقة السببية بينهما قامت مسؤولية المستحوذ التقصيرية وبالتالي يلتزم بتعويض كل من أصابه ضرر من جراء التصرفات الغير مشروعة التي ارتكبتها المستحوذ أو احد التابعين له في الشركة المستحوذ عليها، أي أن المتضرر من أخطاء المستحوذ أو التابعين له يستطيع أن يطالب بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من

(1). حسن عكوش ، مصدر سابق ، ص 115 .

(2). راجع في ذلك د- السنهوري ، ج 1 ، مصدر سابق ، ص 761 .

(3). عبد المجيد الحكيم وآخرون ، مصدر سابق ، ص 240 .

وراء ذلك سواء كانت الإضرار مادية أم معنوية ، وذلك من خلال دعوى المسؤولية التقصيرية التي يقيمها على المستحوذ (مسبب الضرر) .

لذا سنتناول هذا المطلب من خلال فرعين سنبحث في الأول دعوى مسؤولية المستحوذ التقصيرية وفي الثاني سنبحث التعويض الذي يستحقه المتضرر .

دعوى مسؤولية المستحوذ التقصيرية:

تُعَدُّ هذه الدعوى هي الوسيلة التي من خلالها يستطيع الشخص إصلاح ما نشأ من أضرار عن التصرفات الغير مشروعة الصادرة من المستحوذ أو أحد التابعين له ، وعليه فلا بد من الوقوف على أهم أحكام هذه الدعوى كما يلي :-

صاحب الصفة في تحريك دعوى المسؤولية التقصيرية

إنَّ دعوى المسؤولية التقصيرية تقام على المستحوذ من قبل كل من أصابه ضرر من العمل الغير مشروع الصادر من المستحوذ أو من تابعة وسواء كان الضرر مادياً أم أدبياً ، أو من قبل من ينوب عن المتضرر قانوناً كالولي أو الوصي أو الوكيل ، فإذا كان المتضرر من تصرفات المستحوذ شركة كقيام المستحوذ بالتشهير بمنتجات الشركة المنافسة ، فان مدير هذه الشركة المتضررة هو من يطالب بالتعويض عن الأضرار التي أصابها من جراء هذه المنافسة الغير مشروعة بكونه نائباً عن الشركة المتضررة ⁽¹⁾ . إذا تعدد الأشخاص المتضررون من تصرفات المستحوذ أو التابعين له جاز لأي منهم إقامة دعوى مستقلة للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر ، كما يجوز لهم جميعاً رفع دعوى مشتركة على المستحوذ لمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي إصابتهم ⁽²⁾ . وعليه فأن الحق في المطالبة بالتعويض وفقاً إلى قواعد المسؤولية التقصيرية تمنح إلى كل شخص متضرر حق أقام دعوى المسؤولية التقصيرية على المستحوذ مسبب الضرر ، وهذا بخلاف ما رأيناه في دعوى تكملة الدين ودعوى الشركة الذي يكون حق أقامتها محصوراً بأشخاص محددين ، ففي دعوى تكملة الدين فقد رأينا أن المشرع العراقي حدد حق أقامتها بقاضي التفليسة بناءً على طلب من له مصلحة في ذلك ، بينما المشرع المصري فقد حدد أقامتها بمحكمة التفليسة بناءً على طلب قاضي التفليسة ، كما أن المشرع الفرنسي حصر حق أقامتها بكل من وكيل التفليسة ووكيل الدائنين والمصفي والنائب العام ، أما دعوى الشركة فان حق أقامتها محصوراً بالشركة المتضررة في الأصل وبالمساهمين بصورة استثنائية .

عليه فإن دعوى الشركة ودعوى تكملة الدين محصور حق أقامتها بأشخاص محددين في حين دعوى المسؤولية التقصيرية غير محصور حق أقامتها بشخص معين بل كل من أصابه ضرر له

(1). أحمد عبد الرزاق السنهوري ، ج 1 ، مصدر سابق ، ص 771 .

(2). عبد المجيد الحكيم وآخرون ، مصدر سابق ، ص 243 .

حق إقامة دعوى المسؤولية التقصيرية بنفسه.

المدعى عليه في دعوى المسؤولية التقصيرية:

إنّ هذه الدعوى تقام على مرتكب الخطأ ، فإذا كان المستحوذ شخصاً طبيعياً وصدر منه عمل غير مشروع ترتب عليه ضرر للغير فإن دعوى المسؤولية التقصيرية تقام عليه مباشرة . أما إذا كان المستحوذ شخصاً معنوياً (شركة) فإذا كان الخطأ صادراً من الشركة المستحوذة نفسها كما لو أصدر تعليمات أو قرارات خاطئة إلى ممثلها في الشركة المستحوذ عليها وترتب عليها ضرر أصابه الغير فإن دعوى المسؤولية التقصيرية تقام على الشركة المستحوذة ذاتها لا على ممثلها في الشركة المستحوذ عليها ، أما إذا كان الخطأ صادراً من الممثل للشركة المستحوذة بصفته الشخصية أي خارج نطاق عمله فإن الدعوى تقام على الشخص الممثل للشركة المستحوذة ولا تقام على الشركة المستحوذة لانتفاء مسؤوليتها ، وأما إذا ارتكب الممثل أو المدير الخطأ بكونه تابعاً للشركة المستحوذة فإن دعوى المسؤولية التقصيرية تقام على الشركة المستحوذة استناداً إلى أحكام مسؤولية المتبوع عن أخطاء التابع⁽¹⁾.

الإثبات في دعوى المسؤولية التقصيرية:

إنّ عبء الإثبات في دعوى المسؤولية التقصيرية يقع على عاتق المدعي ، الذي عليه إثبات العمل الغير مشروع الصادر من المستحوذ وإثبات الضرر الناشئ عنه ، وذلك طبقاً للقواعد العامة التي تقضي البيئة على من ادعى لان المسؤولية التقصيرية عن الأخطاء الشخصية تقام على الخطأ الواجب الإثبات⁽²⁾.

ففي هذه الحالة يجب على المتضرر إثبات الخطأ الذي ارتكبه المستحوذ ، حيث يمكن إثبات الخطأ بطرق الإثبات كافة وبشتى الأساليب ، كما يمكن للمدعي إثبات خطأ المستحوذ من خلال إثبات التدخلات الغير مشروعه التي يمارسها في حياة الشركة المستحوذ عليها التي تساعد على أثبات خطأ المستحوذ .

أما الخطأ المفترض فإنه يظهر في حالة المسؤولية عن خطأ التابع ، حيث تقوم مسؤولية المستحوذ في هذه الحالة على أساس افتراض الخطأ من جانب المتبوع الذي يتمثل في التقصير بواجب الرقابة والتوجيه وهذا الخطأ قابل لإثبات العكس في التشريع العراقي والغير قابل لإثبات العكس في التشريعات المقارنة . حيث بموجب هذه النظرية أي افتراض الخطأ من جانب المتبوع يمكن مقاضاة المتبوع عند إثبات خطأ التابع وفقاً لإحكام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه ، أي هنا المتضرر لا يحتاج لإثبات خطأ المتبوع وإنما يجب أثبات خطأ التابع لمقاضاة المتبوع . الجدير بالذكر هنا هو فضلاً عن كون خطأ المستحوذ مفترضاً استناداً إلى أحكام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه ، فإن دعوى تكملة الديون أيضاً تقوم على الخطأ المفترض من جانب المستحوذ عند

(1). عبد الرزاق السنهوري ، ج 1 ، مصدر سابق ، ص 784 ، 785 .

(2). عبد المجيد الحكيم وآخرون ، مصدر سابق ، ص 243 .

عدم كفاية موجودات الشركة المستحوذ عليها لوفاء 20% من ديونها إلا أن الفارق بينهما هو أن الخطأ المفترض في حالة المسؤولية التقصيرية يكون في جميع حالات التي يترتب عليها ضرر من جراء تصرفات المستحوذ ومهما كانت نسبة العجز في موجودات الشركة، كما يمكن أن تتحقق هذه القرينة في حالة المسؤولية التقصيرية عن الضرر الأدبي الذي نشأ عن تصرفات التابعين للمستحوذ ، أما في حالة إلزام المستحوذ بدفع ديون الشركة المستحوذ عليها فيكون خطأ المستحوذ مفترضاً في حالة إفلاس الشركة المستحوذ عليها إلى الحد الذي لا تكفي موجوداتها لوفاء 20% من ديونها ، أي إذا كانت موجودات الشركة تكفي لوفاء أكثر من 20% من ديونها فلا مجال لافتراض خطأ المستحوذ بل يجب إثباته لقيام مسؤولية المستحوذ عن أخطاء التابعين له في الشركة المستحوذ عليها⁽¹⁾.

عند تحقق هذه القرينة وقيام مسؤولية المستحوذ فإنه يستطيع أن يدفع بعدم المسؤولية أما بنفي قيام مسؤولية التابع ذاتها بإثبات إن الضرر راجع إلى سبب أجنبي أو خطأ المتضرر نفسه⁽²⁾، أو يدفع بانقضاء المسؤولية التقصيرية بالوفاء أو المقاصة أو بالتقادم ، حيث تتقادم المسؤولية التقصيرية بانقضاء ثلاث سنوات من يوم علم المتضرر بوقوع الضرر أو بانقضاء خمس عشرة سنة في جميع الأحوال⁽³⁾.

التعويض الذي يستحقه المتضرر:

إذا تحققت أركان المسؤولية التقصيرية للمستحوذ وقام المتضرر الدعوى على المستحوذ مسبب الضرر فإن ذلك يؤدي إلى ترتيب حكمها ، وحكم المسؤولية التقصيرية هو التعويض ، حيث يعدُّ التعويض الوسيلة القضائية لجبر الضرر ، وهو يدور وجوداً وعدمياً مع الضرر ، إذ ليس لجسامة الخطأ أي أثر في تحديد مقدار التعويض ، وإنما يجب أن يتناسب مقدار التعويض مع حجم الضرر الناتج عن خطأ المستحوذ لكي لا يكون مصدر أضرار للمتضرر⁽⁴⁾. وللبحث في هذا الموضوع يتطلب منا الأمر الوقوف على صور التعويض ونطاقه وكيفية تقديره وهذا ما سنتناوله فيما يلي :

(1). نواف علي خليف ، مصدر سابق ، ص 133 .

(2). المادة (211) من القانون المدني العراقي التي نصت (أذا ثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو

اتفاق على غير ذلك) وتقابلها المادة (165) من القانون المدني المصري

(3). المادة (232) من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة (172) من القانون المدني المصري .

(4). عبد المجيد الحكيم وآخرون ، مصدر سابق ، ص 244 .

صور التعويض :

إنّ التعويض الذي يستحقه المتضرر من جراء تحقق المسؤولية التقصيرية للمستحوذ يمكن أن يكون بصورة تعويض عيني أو نقدي أو بصورة تعويض معنوي .

التعويض العيني :

يتحقق التعويض العيني بالوفاء بالإلتزام عيناً أو بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر⁽¹⁾ إلا أن التعويض العيني في نطاق المسؤولية التقصيرية للمستحوذ ، فإذا قام المستحوذ بتصرف أخل بالتزام مفروض عليه قانوناً وهو عدم الأضرار بالغير دون حق فإن التعويض العيني يكون بصورة قيام المستحوذ الذي أخل بالتزامه بعمل من أجل أزالته الضرر المترتب على هذا الإخلال ومحو أثره⁽²⁾، فمثال إذا قامت الشركة المستحوذ عليها برمي المخلفات في الأرض المجاورة دون حق مسبباً في ذلك ضرراً لصاحب الأرض فإن التعويض العيني هنا يكون بالإلزام المستحوذ على أساس مسؤولية المتبوع عن أخطاء تابعيه بأزالته جميع مخلفات الشركة المستحوذ عليها وإعادة الأرض إلى الحال الذي كانت عليه قبل وقوع الضرر.

التعويض النقدي:

المقصود بالتعويض النقدي هو الذي يقوم بالنقد ، وهذا النوع من التعويض هو الغالب في نطاق المسؤولية التقصيرية سواء كان الضرر مادياً أم أدبياً⁽³⁾، فالقاضي يحكم بالتعويض النقدي في جميع الأحوال التي يتعذر فيها الحكم بالتعويض العيني ، فالتعويض النقدي في المسؤولية التقصيرية هو الأصل وهذا ما أشار له المادة (209) من القانون المدني العراقي (2) – ويقدر التعويض بالنقد (000)

كما إن الأصل في التعويض النقدي الذي يحكم به على المستحوذ أن يكون مبلغ من النقود يعطى دفعة واحدة للمتضرر ، إلا إنه يمكن للقاضي أن يحكم بتعويض نقدي مقسط أو أيراد مرتب مدى الحياة ، والفارق بين هذين الحالتين أن التعويض المقسط يدفع على شكل أقساط خلال مدة محددة ويتم استيفائه بدفع آخر قسط منها ، أما الإيراد المرتب مدى الحياة فيدفع مدى الحياة ، والقاضي يحكم بهذا التعويض إذا رأى ذلك مناسباً للمتضرر ، كما لو أصيب المتضرر الذي يعمل في الشركة المستحوذ عليها بعجز كلي أو جزئي أقعده عن العمل فيحكم له القاضي

(1). هذا ما أشار له المشرع العراقي في المادة (2/209) من القانون المدني الذي نص (00 يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر أن تأمر بإعادة الحال إلى ما كان عليه (000) وتقابلها المادة(2/171) من القانون المدني المصري.

(2).عبد الرزاق السنهوري ، ج1 ، مصدر سابق ، ص 816 .

(3).عبد المجيد الحكيم وآخرون ، مصدر سابق، ص245 .

بتعويض على شكل إيراد مدى حياته عن العجز الذي أصابه ، وبما أن هذا التعويض غير محدد المدة إذ قد يبقى مدة تطول لذا جاز للقاضي أن يلزم المدين بتقديم تأمينات⁽¹⁾.

التعويض المعنوي:

يمكن أن يتخذ التعويض صورة تعويض أدبي أو معنوي عن الإضرار الأدبية كنشر الحكم الصادر بإدانة المستحوذ الذي أساء إلى سمعة المنافس أو نشر اعتذار المستحوذ من المنافس في الصحف ، وهذا ما قصده المشرع من عبارة (أن تحكم بأداء أمر معين) من نص المادة (2/209) من القانون المدني العراقي ومن نص المادة (2/171) من القانون المدني المصري .

نطاق التعويض:

إنَّ التعويض هو مبلغ من النقود أو أي ترضية من جنس الضرر تعادل ما لحق المتضرر من خسارة وما فاتته من كسب كانا نتيجة للفعل الضار ، أي التعويض الذي يحكم به على المستحوذ وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية هو التعويض الكامل الذي يجبر كل عناصر الضرر فيشمل ما لحق المتضرر من خسارة وما فاتته من كسب ، وهذا ما نصت عليه المادة (207) من القانون المدني العراقي بقولها: (تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحقه المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب⁽²⁾)

وبهذا فإن التعويض وفقاً إلى قواعد المسؤولية التقصيرية يشمل التعويض عن كل الإضرار المادية والأدبية التي لحقت بالمدين فضلاً عن التعويض عن الكسب الذي كان يتوقع حصول المتضرر عليه لولي العمل غير المشروع الصادر عن المستحوذ .

يلاحظ أنَّ التعويض هنا هو أعم وأشمل من التعويض في دعوى تكملة الدين الذي يكون فيها التعويض لكل عناصر الضرر مستبعداً حيث يقتصر فقط على الضرر المادي المتمثل بالنقص في موجودات الشركة .

عليه فإذا كان بإمكان المتضرر تحريك دعوى تكملة الدين ودعوى المسؤولية التقصيرية في آن واحد اتجاه المستحوذ فإن الأفضل له أن يقيم دعوى المسؤولية التقصيرية لان نطاق التعويض فيها اعم وأشمل من التعويض في دعوى تكملة الدين وان كان الإثبات أصعب في دعوى المسؤولية التقصيرية .

(1).المادة (1/209) من القانون المدني العراقي (تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض إقساطاً أو إيراداً مرتباً مدى الحياة ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين بان يقدم تأمينات) وتقابلها المادة (1/171) من القانون المدني المصري .

(2). وتقابلها المادة (221) من القانون المدني المصري

وقت تقدير التعويض:

الأصل إنَّ وقت تقدير التعويض يكون وقت وقوع الضرر لان الغرض من التعويض هو الرد إلى الحالة التي يمكن أن يكون عليها المتضرر قبل وقوع الضرر لو لم يخل المستحوذ بالتزامه القانوني الذي ترتب عليه ضرر للغير ، وهذا إذا لم يتغير الضرر من وقت وقوعه إلى وقت النطق بالحكم⁽¹⁾، إلا أنه من الممكن تصور تغير الضرر من وقت وقوعه إلى وقت صدور الحكم فعندئذ يقدر القاضي التعويض وفقاً للحالة التي يكون عليها المتضرر وقت صدور الحكم وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء⁽²⁾.

أما إذا تعذر على القاضي تقدير التعويض تقديراً نهائياً وقت صدور الحكم جاز له أن يترك للمتضرر الحق في المطالبة بإعادة النظر في تقدير مقدار التعويض خلال مدة معقولة⁽³⁾. أما إذا كان الضرر لم يتغير وإنما الذي تغير هو السعر النقدي الذي يقدر به التعويض أو الأسعار في السوق بصورة عامة ، فالعبرة بالسعر يوم صدور الحكم سواء أرتفع هذا السعر أم أنخفض ، على إنه إذا كان المتضرر من تصرفات المستحوذ قد أصلح من ماله فيرجع على المستحوذ بما دفعة فعلاً مهما كان تغير السعر وقت صدور الحكم⁽⁴⁾.

(1). عبد المجيد الحكيم وآخرون ، مصدر سابق ، ص 249 .

(2). السنهوري ، مصدر سابق ، ص 825 .

(3) . المادة (208) من القانون المدني العراقي حيث نصت (إذا لم يتيسر للمحكمة أن تحدد مقدار التعويض تحديداً كافياً فلها أن تحتفظ للمتضرر بالحق في أن يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر في التقدير) وتقابلها المادة (170) من القانون المدني المصري .

(4). السنهوري ، ج 1 ، مصدر سابق ، ص 825 .

الفصل الرابع الضمانات لحقوق الدائنين عند اندماج الشركات

المبحث الأول:
ضمانات الدائن المرتهن من خلال القواعد الشكلية والموضوعية
في الرهن الحيازي

المبحث الثاني:
ضمانات الدائن المرتهن من خلال مسطرة تحقيق الرهن
والصعوبات الواردة عليها

المبحث الثالث:

الضمان العام ووسائل حماية حق الدائن

المبحث الرابع:
الاتفاقات المعدلة لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال
المرهون

الفصل الرابع المبحث الأول الضمانات لحقوق الدائنين عند اندماج الشركات

الفصل الذي بين أيدينا له طابع خاص ؛ لكونه لا ينصب على التعرف على الأحكام التي تنظم الرهن الحيازي، وإنما يتعدى ذلك إلى التدقيق في القواعد الشكلية والوقوف على الحماية الناتجة عنها لصالح الدائن المرتهن.

فما هي إذاً أهم الضمانات التشريعية التي يوفرها المشرع للدائن المرتهن؟ وإلى أي حد كان المشرع موفقاً في تنظيمه لإجراءات تحقيق الرهن الحيازي؟ وهل بالفعل تحقق للدائن المرتهن الغاية التي يأمل منها، وهو استيفاء دينه في أقرب الآجال؟ كل هذه الإشكالات الجوهرية وغيرها من الإشكالات الأخرى سنحاول الإجابة عليها من خلال تقسيم المباحث التالية :

المبحث الثاني: ضمانات الدائن المرتهن من خلال القواعد الشكلية والموضوعية في الرهن الحيازي:

إن الحديث عن الضمانات العينية التي تعتبر أقدر من التأمينات الشخصية على تحقيق الهدف المقصود؛ والمتمثل في ضمان اسيفاء الدائن لحقه كاملاً والذي يقوم على أساس (الحيازة)، إذ أن الدائن يبقى حائزاً مرتهناً للعين إلى أن يحل الدين فيستوفيه من المدين أو يبيع الشيء المرهون طبقاً لما يحدده القانون في مسطرة البيع ليستوفي دينه من ثمنه.⁽¹⁾ فإنه حديث بالدرجة الأولى عن الرهن الحيازي، هذا الأخير الذي يتطلب لإنشائه شروطاً وقواعد شكلية (المطلب الأول)، وأخرى موضوعية (المطلب الثاني) تم إقرارها بالأساس من أجل حماية تشريعية لمصالح الدائن المرتهن من جهة والمدين الراهن من جهة أخرى.

الرهن الحيازي:

يشكل الرهن الحيازي باعتباره حقاً عينياً عقارياً أحد الضمانات العينية، حيث أضحت اليوم من أهم وسائل دعم الائتمان إلى جانب الرهن الرسمي، بحيث يعتبر أداة مهمة لتمويل المشاريع، وهو ما من شأنه أن يساهم في تحقيق التنمية بجميع جوانبها، خاصة وأنه يعتبر آخر ما وصل إليه الضمان من تطور حين أضحت الآن من الضمانات الكلاسيكية.

وبالتالي، يمكن القول أن الرهن الحيازي يعتبر أقدم صورة عرفها الرهن بصفة عامة، فقد

(1) عبد السلام احمد فيغو، « العقود المدنية الخاصة في القانون المغربي»، دار الامان - الرباط الطبعة الاولى لسنة 2008م،

عرف عند الرومان عندما تمكنوا من التمييز بين ملكية الشيء وحيازته، كما عرفها أيضاً القانون المدني الفرنسي القديم، وقد تطرقت الشريعة الإسلامية هي الأخرى لموضوع الرهن الحيازي، ويكفي أن نستدل على ذلك بقوله تعالى: « وإن كنتم على سفر ولم تجدوا فهران مقبوضة »، بل إن هناك من يقول بأن الفقهاء المسلمين لم يكونوا يعرفون إلا الرهن الحيازي الذي ينتقل بمقتضاه الشيء المرهون إلى حيازة الدائن أو إلى من يقوم مقامه.

أما الرهن الحيازي في المغرب فقد كان قبل صدور مدونة الحقوق العينية يخضع لكل من قانون الالتزامات والعقود وكذا ظهير 2 يونيو 1915 بشأن التشريع المطبق على العقارات المحفظة وكذا لأحكام الفقه الإسلامي، وذلك تبعاً لطبيعة الشيء موضوع الرهن الذي يمكن أن يكون منقولاً أو عقاراً، فالمنقول يخضع في رهنه لقواعد الرهن الحيازي المنظمة في ق ل ع، أما العقار فالقواعد التي تحكم رهنه يميز فيها بين ما إذا تعلق الأمر بعقار محفظ أو بعقار غير محفظ.

ونظراً للأهمية التي يمثلها الرهن الحيازي خصوصاً في الإئتمان، فقد عمل المشرع على تنظيمه، ولم شتات القوانين في مدونة الحقوق العينية التي حاولت توحيد القانون المطبق على العقارات المحفظة وغير المحفظة. ويعرف المشرع المغربي الرهن الحيازي في هذه المدونة حسب المادة 145 بأنه: « حق عيني يتقرر على ملك يعطيه المدين أو كفيله العيني إلى الدائن المرتهن لضمان الوفاء بدين، ويخول الدائن المرتهن حق حيازة المرهون وحق حبسه إلى أن يستوفي دينه»⁽¹⁾ كما عرفه الفقه على حد قول ابن عرفة بأنه: « مال قبض توثقاً به في دين»، والدائن يضمن دينه على مدينه بقبضه ملاً منه بحوزه منه، فيطمئن ويزيد وثوقه وثقته في حصول أداء دينه عند حلول أجله.⁽²⁾

أما بخصوص القانون المقارن فقد تم تعريف الرهن الحيازي في القانون المصري حسب المادة 1096 على أنه: « حق عيني تبقي يقوم على نقل حيازة المال الذي يترتب عليه إلى الدائن المرتهن الذي يستطيع بمقتضاه حبس هذا المال حتى استيفاء حقه، وتكون الأولوية على ثمنه في أي يد يكون، فتخلي الراهن عن حيازة المال المرهون في جوهر هذا الرهن، ولذلك يطلق عليه اسم الرهن الحيازي»⁽³⁾.

وبناءً على كل ما سبق من التعريفات، واستناداً إلى التعريفات الواردة في الفصل 157 من ظهير 1915-6-2 والفصل 1170 من ق ل ع، يتضح أن الرهن الحيازي يتميز بعدة خصائص أهمها أن المشرع استخدم اصطلاح «الرهن الحيازي» للدلالة على الحق العيني التبقي المقرر للدائن ضماناً لاستيفاء حقه، والدلالة على العقد كمصدر له، وفي هذا يتفق الرهن الحيازي مع الرهن

(1). عبد العزيم توفيق: «التشريع العقاري، والضمانات»، مكتبة الشاهد، سطات، الطبعة الأولى، سنة 1433 - 2012، ص: 97.

(2). علي حيدر: «درر الحكام شرح مجلة الأحكام»، المجلد الثاني- دار الجيل- لبنان - الطبعة الأولى لسنة 1991، ص 78.

(3). محمد جمال الدين زكي: «التأمينات الشخصية والعينية» دار الكتاب - الطبعة الثالثة لسنة 1979 بند 72، ص 359.

الرسمي في مصدرهما التعاقدية،⁽¹⁾ إلا أنهما يختلفان في كون الأول يرد على المنقول والعقار على حد سواء، بينما الثاني لا يرد إلا على العقارات فقط، وغيرها من الاختلافات الأخرى.

كما يتميز هذا الرهن الحيازي بكونه عقداً من عقود الضمان بكونه حق عيني يولي صاحبه حق تتبع العقار المعقود عليه الرهن في يد أي حائز له، كما يوليه حق الأفضلية على غيره من الدائنين، كما أنه حق لا يقبل التجزئة أو ما يعرف بتجزئة الراهن، كما أنه لا شك في أن الرهن الحيازي باعتباره عقداً رضائياً يلزم لقيامه أن تتوافر فيه الأركان العامة للعقود⁽²⁾، وباعتباره عقداً تابعاً فلا بد من أن يكون منتجاً لآثاره بين المتعاقدين وغيرها من الخصائص، أضف إلى ذلك قواعد إنشائه وكيفية انقضائه إما بصفة أصلية أو تبعية، كل هذه الخصائص التي يتميز بها الرهن الحيازي هي التي جعلت المشرع يعمل على تطوير هذا الأخير للنهوض به وتكريس أحكامه، من خلال توفير المشرع ضمانات قانونية لحماية أطرافه، ونذكر على وجه الخصوص الدائن المرتهن من خلال القواعد الشكلية والموضوعية وكذا إجراءات مسطرية تحميه .

إلا أنه يلاحظ أن هذه الضمانة العقارية تتجلى في بقاء مسطرد لتحقيق الرهن، وهذا الإشكال زاد في تكريسه القضاء المغربي. وهكذا أضحي لزاماً للإنصاب بالتحليل على مدى حماية المشرع للدائن المرتهن والذي لا يقوم برعاية رهنه عن طريق حيازة الشيء المرهون. حماية الدائن المرتهن من خلال القواعد الشكلية

إن حماية الدائن المرتهن في الرهن الحيازي تقتضي مجموعة من الشروط الشكلية، وهذه الشروط تنصب على العقار غير المحفظ والعقار المحفظ عند تأسيسهما أو إنشائهما. عليه ، نري تقسيم هذا المطلب إلى فقرتين: (الفقرة الأولى) الشروط الواجب توفرها في إنشاء الرهن الحيازي على عقار غير محفظ، (الفقرة الثانية) الشروط الواجب توفرها في تأسيس الرهن الحيازي على عقار محفظ.

أولاً : شروط إنشاء الرهن الحيازي على العقار غير المحفوظ

تلتقي شروط إنشاء الرهن العقاري في الواقع على عقار غير محفظ مع شروط الرهن الواقع على المنقول، فهنا وهناك لا بد لقيام الرهن من توافر شرط الإلتزام الذي قرر الرهن لزمانه (وكذا الشروط الواجب توفرها في العقار المرهون ، بالإضافة إلى الشروط الواجب توفرها في الشخص الراهن :

الشروط الواجب توفرها في الإلتزام الذي قرر الرهن لزمانه:

-أن يكون صحيحاً: ذلك أن الرهن من الحقوق العينية التبعية التي تتوقف صحتها على صحة الحق الأصلي التابعة له، فإذا كان الإلتزام الأصلي باطلاً أو قابلاً للإبطال تبعه الرهن في ذلك

4(1). عبد السلام احمد فيغو : « العقود المدنية الخاصة في القانون المغربي»، دار الامان - الرباط الطبعة الاولى لسنة 2008،

ص . 426 و 427.

1(2). محمد بونبات : « في الحقوق العينية » ، مطبعة وراقة الوطنية - مراكش - الطبعة الاولى 2002، ص 96.

وكان باطلاً أو قابلاً للإبطال أيضاً.

- أن يكون من الإلتزامات القابلة للتنفيذ جبراً على المدين: ذلك أن المرتهن، في حالة عدم الوفاء في الإستحقاق، الحق في نزع ملكية العقار وبيعه ليستوفي دينه من ثمه، فلا بد أن يكون الإلتزام قابلاً للتنفيذ الجبري.

- أن يكون موضوعه تأدية مبلغ من النقود: وقد خالف التشريع المغربي هنا بعض القوانين، كالقانون المدني الفرنسي الذي يجيز تخصيص الرهن لضمان تنفيذ أي إلتزام سواء إذا كان الإلتزام بعمل شيء أم بالإمتناع عن عمل شيء أم بإعطاء شيء.

على أنه تجدر الإشارة إلى أن الرهن العقاري في المغرب يمكن أن يضمن أي التزام يكون محله وفاء مبلغ من النقود ولا فرق بين أن يكون ضماناً للإلتزام مستقبلاً أو احتمالي أو موقوف، على شرط أن يكون مقدار الدين المضمون معيناً في عقد الرهن.⁽¹⁾

كما اشترطت المادة 174 من قانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية ضرورة أن يتضمن العقد معاينة حوز الملك المرهون تحت طائلة البطلان.⁽²⁾

كما يشترط لصحة عقد الرهن الحيازي العقاري طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة 143 من مدونة الحقوق العينية 39.08 «يجب لصحة عقد الرهن الحيازي أن يتضمن ما يلي»
- هوية أطراف العقد.

- تعيين الملك المرهون ببيان موقعه ومساحته ومشمطاته وعند الإقتضاء حدوده أو رقم رسمه العقاري.

- بيان مبلغ الدين المضمون بالرهن والمدة المحددة لأدائه.

الشروط الواجب توفرها في العقار المرهون:

يجب أن يكون العقار المرهون صالحاً للبيع، لقد نص على ذلك الفصل 1174 من قانون الإلتزامات والعقود في معرض بيان الأحكام العامة للرهن الحيازي: « كل ما جاز بيعه بيعاً صحيحاً جاز رهنه ».

يضاف إلى ذلك أن من حق الدائن المرتهن، عند عدم وفاء المدين بالدين، طلب نزع ملكية العقار المرهون عن طريق القضاء لاستيفاء دينه من الثمن، الأمر الذي يتطلب بالضرورة أن يكون هذا العقار صالحاً للتداول.

والشريعة الإسلامية هي أيضاً تشترط لانعقاد الرهن: «أن يكون صالحاً للبيع».

ومادام لا يحذر بيع العقار، إلا إذا كان صالحاً للسع فلا بد إذن، أن يكون العقار، محمداً من:

(1). مأمون الكزبري: « التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الثاني، الطبعة الثانية 1978، ص 308 و 309.

(2). نفس المرجع السابق، ص 309.

جهة، ومقدور التسليم من جهة ثانية، لأن بيع المعدوم أو بيع ما هو غير مقدور التسليم فهو بيع باطل.⁽¹⁾

(3) الشروط الواجب توفرها في الشخص الراهن

- يشترط في الراهن أن يكون مالكا للعقار المرهون، فالرهن المقرر من قبل غير المالك لا يصح ما لم يرتضيه المالك أو يقره أو ما لم يكتسب الراهن في تاريخ لاحق ملكية المرهون، وهذا ما أكدته الفصل 1173 من قانون الالتزامات والعقود، وهو ما نصت عليه المادة 150 من مدونة الحقوق العينية 39.08: «يجب أن يكون الراهن مالكا للمرهون وأهلا للتصرف فيه».

- يشترط في المدين الراهن أن يكون أهلا للتصرف: وهذا ما نص عليه الفصل 1174 من قانون الالتزامات والعقود: «لإنشاء الرهن الحيازي يلزم توفر أهلية التصرف بعوض في الشيء المرهون»⁽²⁾.

وعلى هذا لا يصح رهن القاصر أو ناقص الأهلية، كما أن النائب الشرعي نفسه لا يجوز له إبرام رهن باسم من ينوب عنه إلا بعد الحصول على إذن من القاضي حسب الفصل 71 من قانون الالتزامات والعقود⁽³⁾.

وهو تمام ما جاء في المادة 152 من قانون 39.08: «لا يجوز للأب أو الوصي أو المقدم، رهن أموال القاصر أو المحجور عليهم رهنا حيازياً إلا بأمر من القاضي».

- يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو كفيلاً عينياً: فالفصل 1150 الوارد ضمن الأحكام العامة المتعلقة بالرهن الحيازي سواء أكان محله منقولاً أو عقاراً بأن يكون رهن العقار ضمناً لدين غير الرهن، ونجد أن هذا الشرط في المادة 151 من مدونة الحقوق العينية: «يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو كفيلاً عينياً يقدم الرهن لمصلحة المدين».

فبالإضافة إلى الشروط السالفة الذكر، والمتعلقة بحماية الدائن المرتهن في الرهن الحيازي، يوجد كذلك شرط التسليم، بحيث يشترط في الرهن العقاري تخلي الراهن عن حيازة العقار المرهون وتسليمه إلى المرتهن أو إلى أمين يتفق عليه الطرفان.

والشريعة الإسلامية كانت تعتبر بدورها التسليم ركناً يتوقف على تمام الرهن.

ثانياً: شروط إنشاء الرهن الحيازي على العقار المحفظ: يشترط في إنشاء الرهن الحيازي الواقع على العقارات المحفظة الشروط الواجب توفرها في الرهن الواقع على العقارات غير المحفظة، إذ يجب أن يكون الالتزام المضمون بالرهن صحيحاً وقابلاً للتنفيذ جبراً على المدين، كذلك لا بد من أن يكون محله مبلغاً من النقود، كما يجب ان يكون العقار المرهون مما يجوز بيعه، وأن

(1). مأمون الكزبري: مرجع سابق، ص 309.

(2). المختار بن احمد عطار: «التحفيظ العقاري في ضوء القانون المغربي» ص 193.

(3). مأمون الكزبري: مرجع سابق، ص 110.

يكون الرهن مالاً للعقار المرهون ومتمتعاً بأهلية التصرف بعوض... بالإضافة إلى هذه الشروط المشتركة بين العقار المحفظ والغير المحفظ هناك شروط إضافية تقع على العقار المحفظ عند تأسيسه وهذه الشروط هي على الشكل التالي:

شكلية الكتابة:

إذ يشترط لصحة الرهن الحيازي الوارد على عقار محفظ أن يبرم في محرر رسمي، فهو عقد شكلي لا ينعقد إلا إذا حرر كتابة، وهذه الشكلية تعتبر سابقة من نوعها جاء بها قانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، حيث أقرت هذه الشكلية في المادة 147 حيث نصت على أنه: «يشترط لصحة الرهن الحيازي أن يبرم في محرر رسمي وأن يكون لمدة معينة».

انعقاد الرهن لمدة معينة:

يجب أن يعقد الرهن الحيازي لمدة معينة، وهو ما أقرته المادة 147 من مدونة الحقوق العينية، ذلك أن مدة الرهن يجب ذكرها في عقد الرهن تحت طائلة بطلان الرهن، فالرهن لا ينعقد إلا لمدة معينة.

والمشرع المغربي وإن كان لم يحدد هذه المدة بحد، إلا أنه يجب ألا تتجاوز الحدود المعقولة، كأن تعين ببضعة سنوات، أما إذا عقد الرهن لمدة معينة لخمسين أو مائة سنة، فإن ذلك يعتبر بمثابة رهن معقود لمدة غير معينة ويكون الرهن بالتالي عرضة للبطلان.

تسجيل الرهن الحيازي: يجب أن يسجل الرهن الحيازي في السجل العقاري عملاً بمقتضيات الفصول 65 و 66 و 67 من ظهير 9 رمضان 1331 وإلا كان غير موجود فيما بين الراهن والمرتهن وغير نافذ في مواجهة الغير، فما دام الرهن لم يسجل يستطيع الراهن أن يتصرف بالعقار ودائمه يستطيعون إلقاء الحجز عليه وبيعه لتحصيل ديونهم من الثمن دون أن يكون الرهن عائقاً دون ذلك.

التسليم:

بخلاف التسليم في العقار غير المحفظ الذي يجب أن يكون التسليم فيه مادياً بموجب العقار بصفة فعلية من حيازة الراهن إلى حيازة المرتهن، فإن التسليم في العقار المحفظ المرهون إما أن يكون مادياً وإما تسليمياً رمزياً عن طريق تسجيل الرهن الحيازي في السجل العقاري، ويمنح المرتهن بذلك حق المطالبة بتسليم العقار تسليمياً مادياً، وعليه إذا ما سجل الرهن في السجل العقاري يعتبر رهنناً تاماً، لا يجوز الرجوع فيه سواء كان العقار قد سلم تسليمياً مادياً إلى المرتهن أو كان في حوزة الراهن.

حماية الدائن المرتهن من خلال القواعد الموضوعية:

من خلال التأمل في هذا المطلب نجده يتحدث عن القواعد والضمانات المتعلقة بحماية الدائن المرتهن، فأية حماية وأية ضمانات؟ ولماذا الدائن المرتهن وليس المدين الراهن؟ لعل حماية الدائن المرتهن في الرهن الحيازي تجد أساسها وشرعيتها في الميزة الأساسية التي تميز الرهن الحيازي عن الرهن الرسمي والمتمثلة في انتقال الحيازة إلى المرتهن التي تعتبر من أهم الضمانات.⁽¹⁾ وفي هذا الصدد نجد الأستاذ ميشيل كابريرت يقول إن انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن يحقق له الحماية، يطرح السؤال هنا كيف يحمى إذن؟

إننا نجد أن المشرع قد قرر عدة حقوق وقواعد لحماية الدائن المرتهن رهناً حيازياً، فهل كانت هذه الحماية كافية؟ وعليه ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فترتين: (الفقرة الأولى) الضمانات الكفيلة بحماية الدائن المرتهن من خلال الحقوق المخولة له و (الفقرة الثانية) حماية الدائن المرتهن من خلال الإلتزامات الملقاة على عاتق الدائن الراهن.

أولاً، الضمانات الكفيلة بحماية الدائن المرتهن من خلال الحقوق المخولة له:

أحاط المشرع المغربي الدائن المرتهن بمجموعة من الضمانات الكفيلة بحمايته لأنه يستطيع أن يطالب ببيع المرهون لاستيفاء دينه وتوابعه من ثمنه، ولذلك فإن عقد الرهن يرتب من مجموعة من الضمانات، من خلال الحقوق المخولة للدائن المرتهن، وهذا ما سنخصص الحديث عنه وفق الشكل الآتي:

- حق حبس المرهون حتى استيفاء الدين للدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون وحيازته إلى أن يتم اسيفاءه للدين كله وفقاً للمادة 155 من قانون 39.08 المتعلق بمدة الحقوق العينية، ولهذا لا يمكن إرغام الدائن المرتهن على التخلي عن الشيء المرهون ما دام لم يتوصل بكافة حقوقه وحتى إذا توصل ببعض دينه، فمن حق المرتهن أن يحبس الشيء المرهون، وتجد هذه القاعدة أساسها بكونه حق غير قابل للتجزئة، رغم تجزء الدين بين ورثة المدين أو الدائن، وبذلك لا يجوز لأحد ورثة المدين الذي يؤدي واجبه من الدين أن يطالب باسترداد نصيبه في العقار محل الرهن ما دام لم يقع وفاء بالدين كاملاً.⁽²⁾

فهذا معناه أن كل جزء من العقار يضمن الدين كله، وفي نفس الوقت فإن كل جزء من الدين مضمون بالعقار كله، طبقاً لما جاء في الفصل 1180 من ق.ل.ع، كما أكدت على ذلك المادة 146 من قانون 39.08 والتي تنص على ما يلي: «الرهن الحيازي غير قابل للتجزئة رغم

1(1).محاضرات للأستاذ نور الدين لعرج: «مدى كفاية القواعد المنظمة لحماية الدائن المرتهن في الرهن الرسمي لسنة

2011 - 2010.

2(2). محمد ابن معجوز: «الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي 1429 - 2008 ص 466.

تجزء الدين بين ورثة والمدين والدائن⁽¹⁾.

إذن حق الحبس يبقى للمرتهن على كامل المرهون ولو كان الإلتزام المضمون للتجزئة وكان المدين قد نفذ قسماً من الإلتزام حسب ما يقتضيه الفصل 1201 من ق ل ع، وإذا كان للدائن المرتهن أن يتمسك بحق العين المرهونة عن الناس كافة، من راهن وإزاء خلف خاص وإزاء دائني الراهن.⁽²⁾

-حق قبض ثمار المرهون: يخول الرهن للدائن المرتهن حق قبض ثمار المرهون، بحيث إذا كان الشيء المرهون ينتج ثماراً تحت حيازة المرتهن فمن حقه أن يقبض كل الثمار التي ينتجها سواء كان شيئاً مادياً أو كان ديناً عادياً أو سندات أو أوراق مالية، حيث للمرتهن أن يستوفي الفوائد والأرباح. والقاعدة العامة أن هذه الغلات والثمار والأرباح التي يقبضها المرتهن لا تصبح مملوكة له وإنما تعتبر جزءاً من الرهن الذي يحتفظ بها مع الرهن لتكون بدورها ضامنة للدين، فهذا يعتبر ضمان من الضمانات الكفيلة بحمايته، وفي هذا الخصوص نجد المادة 156 من قانون 39.08 تنص بأن: «الدائن يتولى جني ثمار المرهون وله أن يسلمها إلى الدائن أو ان يحتفظ بها وما يقبضه من ثمار وأرباح يخصمه من الفوائد والنفقات المترتبة له من رأس المال».

-حق بيع المرهون: للدائن المرتهن إذا لم يدفع له المدين حق المطالبة ببيع المرهون بالمزاد العلني وفق الإجراءات المنصوص عليها قانوناً.⁽³⁾

وقد عرف الفقهاء المسلمون اضطراباً حول ما إذا أذن الراهن للمرتهن في أن يبيع الشيء المرهون ليستوفي دينه من ثمنه إذا حل أجل الدين ولم يؤدي ماله أن يبيعه من غير اللجوء إلى القضاء أو لا بد من ذلك.

فقد تعددت المناقشات بهذا الخصوص، وجري العمل قديماً على أن الراهن إذا أذن للمرتهن بعد انعقاد العقد وقبل حلول أجل الدين في أن يتولى بنفسه بيع المرهون شريطة أن لا يكون له إن لم يأت حلول الأجل فباع المرهون واستوفي حقه من ثمنه، أما إذا قال له ذلك أن يبيعه إلا عن طريق القضاء.

لكن المشرع المغربي ذهب في اتجاه أنه لا بد من اللجوء إلى القضاء في جميع الحالات، وإن كل اتفاق بين الراهن والمرتهن على بيع المرهون عند حلول أجل الدين، وعدم الوفاء به، دون اتباع الإجراءات التي فرضها القانون في البيوعات الجبرية يكون باطلاً.⁽⁴⁾

-حق التتبع والأفضلية للدائن المرتهن حق تتبع المرهون، ويكتسب هذا الحق في أن يتتبع

(1). علي هادي العبيدي : « الوجيز في شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الطبعة 2010، ص 301.

(2). مأمون الكزبري : مرجع سابق ، ص 23.

(3). المادة 155 من مدونة الحقوق العينية 39.08.

(4). الوسيط في شرح القانون المدني في التأمينات الشخصية والعينية – المجلد العاشر ص 760.

الشيء في أي يد يكون، فالدائن المرتهن يستطيع أن ينفذ على العين المرهونة ليس فحسب من تحت يد المالك بل أيضاً إذا انتقلت ملكية العين إلى شخص آخر.⁽¹⁾

بالإضافة إلى حق التبعية، يخول الرهن للدائن حق اسيفاء دينه من ثمن المرهون مقدماً على ما عداه، وهذا ما كرسته المادة 15 من مدونة الحقوق العينية والفصل 1170 من ق ل ع الذي نص على أنه : « يمنح الدائن المرتهن حق اسيفاء دينه بالأسبقية على جميع الدائنين الآخرين ».

ثانياً، الضمانات الكفيلة بحماية الدائن المرتهن من خلال الإلتزامات الملقاة على عاتق المدين الراهن:

يقع على عاتق الراهن مجموعة من الإلتزامات اتجاه الدائن المرتهن، فيإلى أي حد استطاع المشرع من خلال تنظيمه لهذه للالتزامات الراهن توفير حماية كافية لحقوق المرتهن؟ ، وعليه سنسلط الضوء على هذه الإلتزامات وفق الشكل التالي:

التزامه بأن يؤدي إلى الدائن المصروفات الضرورية التي أنفقت للمحافظة على المرهون، وكذلك التكاليف العامة التي يكون الدائن قد أدخلها للحفاظ على المرهون.⁽²⁾

يضمن الراهن هلاك المرهون أو تلفه، إذا كان الهلاك أو التلف راجع الخطئه.⁽³⁾ إذا طالب المرتهن ببيع المرهون لوجوده في حالة تنذر بالتعب أو الهلاك وعارض الراهن في ذلك وفضل استرداد المرهون، فإنه ملزم بأن يستبدل به شيئاً آخر يساويه في القيمة يسلم إلى المرتهن.⁽⁴⁾

إذا تم بيع المرهون قبل استحقاق الدين بطلب من المرتهن خشية تلفه أو هلاكه ووجد الراهن ان يقبض الثمن فإنه يلتزم بأن يقدم للدائن المرتهن شيئاً يساويه في القيمة.

المبحث الثاني: ضمانات الدائن المرتهن من خلال مسطرة تحقيق الرهن والصعوبات الواردة عليها :

إذا كان المُشرِّع المغربي قد أعطى للدائن المرتهن ضمانات قانونية من خلال أحكام عقد الرهن، فإن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد لكون أن فعالية هذه الضمانة تتجلى بالأساس في الإمكانيات المسطرية، التي تمكن الدائن المرتهن من استخلاص دينه في أقرب الآجال، هذا ما جعل المُشرِّع يعمل على تحقيق هذا المبتغى من خلال مسطرة تحقيق الرهن (المطلب الأول) إلا أنه ومع ذلك نجد أن المشرع قد راعى مصالح المدين الراهن وهذا ما جعل المشرع يسمح بإمكانية

(1). عبد الخالق أحمدون : « الوجيز في الملكية العقارية والضمانات العينية، الجزء الاول ، طبعة 1225 ق ل ع .

(2). المادة 160 منمدونة الحقوق العينية والفصل 1216 من ق ل ع.

(3). الوسيط في شرح القانون المدني ، ص 701.

(4). الفصل 1206 من ق ل ع .

تعطيل إجراءات تحقيق الرهن من خلال طرح جملة من العوائق والصعوبات (مسطرة تحقيق الرهن الحيازي)

تنص المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية على أنه: «يجب أن تحرر تحت طائلة البطلان جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها وتعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي، أو محرر ثابت التاريخ...»
وانطلاقاً من مقتضيات المادة الأعلى يستشف أن الرهن الحيازي لا يخرج عن نطاق تطبيقها، باعتباره حقاً من الحقوق العينية التبعية، وقد جاءت المادة شاملة لمختلف التصرفات الواردة على العقار سواء كان هذا الأخير محفوظاً أو غير محفوظ قطعاً لدابر النزاعات والمشاكل التي أصبح يثيرها التوثيق العرفي للمعاملات العقارية.

وفي هذا الصدد تنص الفقرة الأولى من الفصل 147 من مدونة الحقوق العينية على: «يشترط لصحة الرهن الحيازي أن يبرم في محرر رسمي وأن يكون لمدة معينة. يجب أن يتضمن العقد معاينة حوز الملك المرهون إذا كان غير محفوظ وذلك تحت طائلة البطلان».

وبذلك، فإن الرهن الحيازي يسجل، سواء ورد على عقار محفوظ أو غير محفوظ ضماناً لحق الدائن المرتهن فيه عند استحقاق الدين، حيث أنه إذا حل أجل الوفاء بالدين الذي رهن المدين عقاره من أجله دون أن يؤدي ما بذمته، كان من حق الدائن أن ينفذ على عقاره بالطرق المبينة في القانون وموجب السند التنفيذي الذي بيده.

وقد نص بهذا الخصوص الفصل 1218 من ق.ل.ع على أنه: «عند عدم الوفاء بالالتزام، يثبت للدائن الذي استحق دينه بعد مضي سبعة أيام من مجرد الإعلام الرسمي الحاصل للمدين، ولغير المالك للمرهون إن وجد، الحق في أن يلجأ إلى بيع الأشياء المرهونة بيعاً علنياً...».

كما نصّت المادة 163 من مدونة الحقوق العينية على: «ينقضي الرهن ببيع الملك بيعاً جبرياً بالمزاد العلني وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في القانون».

ومما يستفاد من النص الأخير أن المشرع قد أحال فيما يتعلق بتحقيق الرهن الحيازي إلى القواعد العامة المنظمة للتنفيذ الجبري للإلتزامات والمنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية أساساً.

ومن خلال ذلك، سنتطرق في هذا المطلب إلى الإجراءات المتعلقة باستحقاق العقار المرهون رهنًا حيازيًا من خلال التعرض للحجز التحفظي (الفقرة الأولى)، ثم الحجز التنفيذي (الفقرة الثانية).

الحجز التحفظي: لم يُعرّف المشرع المغربي الحجز التحفظي على عكس المشرع الجزائري⁽¹⁾،

1.1. تنص المادة 646 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: «الحجز التحفظي هو وضع أموال المدين المنقولة المادية

وقد عرفه الأستاذ عبد العزيز توفيق بأنه: «وضع أموال المدين تحت يد القضاء وغل يده عن التصرف فيها تصرفاً يضر بمصالح دائنيه، تمهيداً لنزع ملكيتها لمصلحة هؤلاء الآخرين واستيفاء حقوقهم من ثمنها، إذا لم يؤد المدين ما عليه من ديون».⁽¹⁾

كما عرفه فايز أحمد عبد الرحمن بأنه ذلك الإجراء القضائي الذي يهدف إلى ضبط المال ومنع المدين من تهريبه إلى أن يحصل الدائن على سند تنفيذي، فهو يحقق حماية عاجلة للدائن تجنبه الأضرار الناتجة عن بقاء التقاضي.⁽²⁾

وبذلك، فالحجز التحفظي هو إجراء وقتي تحفظي ولا يترتب عنه نزع الملكية⁽³⁾، ويأشرك الحجز التحفظي بناء على سند من سندات الحجز التحفظي العقاري، ويعرف الحجز التحفظي مجموعة من الإجراءات نتطرق إليها كالتالي:
- وضع العقار تحت يد القضاء تحفظياً.

إن المختص بإصدار الأمر بالحجز التحفظي هو رئيس المحكمة التي يوجد بدائرة نفوذها العقار محل الحجز، وفي هذه الحالة يجدر التمييز بين الإجراءات المتبعة في الحجز التحفظي الوارد على عقارات غير محفظة والوارد على عقارات محفظة.
إذا كان العقار غير محفظ:

يتوجه عون التنفيذ إلى عين المكان ويشعر المنفذ عليه بمهمته ويبلغه نسخة من الأمر الصادر بالحجز ويحرر محضراً بذلك يبين فيه موقع ومواصفات العقار وحدوده ومساحته⁽⁴⁾ وفي حالة وجود العقار المحجوز في يد غير المحجوز عليه يبلغ عون التنفيذ نسخة من المحضر إلى الحائز أو المحجوز عليه أو هما معاً.⁽⁵⁾ بعد ذلك يوجه مأمور التنفيذ نسخة من الأمر بالحجز

والعقارية تحت يد القضاء ومنعه من التصرف فيها، ويقع الحجز على مسؤولية الدائن».

(1). زكرياء الرجراجي: «منازعات الحجز العقاري». منشورات مجلة الحقوق المغربية، سلسلة «الدراسات والأبحاث»، العدد الثالث، يناير 2012، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، الرباط، ص: 30.

(2). فايز أحمد عبد الرحمان: «التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية». دار المطبوعات الجامعية، طبعة: 2006، ص: 344 وما بعدها.

(3). زكرياء الرجراجي: مرجع سابق، ص: 138.

(4). نادية اللوسي: «التنفيذ المدني وإشكالاته». ودادية موظفي العدل، الرباط، ص: 16، الموقع الرسمي: <http://www.afj.ma>

.afj.ma

(5). حسن قصابوي: «محاضرات في التنفيذ المدني». جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، طنجة، السنة الجامعية: 2011-2012، ص: 25.

محضر الحجز إلى رئيس المحكمة من أجل تسجيله في سجل خاص بذلك.⁽¹⁾ ويقع الإشهار علاوة على ذلك لمدة خمسة عشر يوماً بتعليق الإعلان بالمحكمة على نفقة الحاجز طبقاً للفقرة الأخيرة من الفصل 455 من ق.م.م.⁽²⁾ وتحرر في شأن هذا التقييد شهادة بذلك من لدن كتابة الضبط بنسخ محضر الحجز بكامله في السجل المتعلق بإشهار هذا الحجز وإعطائه رقماً تسلسلياً خاصاً بالسجل يشار له في هذا الإشهاد والتقييد على أصل محضر الحجز التحفظي العقاري.⁽³⁾

إذا كان العقار محفظاً:

يجرى الحجز في هذه الحالة لدى المحافظة العقارية أولاً بتسجيله بالرسم العقاري، ويتم تبليغها بالأمر ومقال الحجز ونسخة من المحضر.⁽⁴⁾ ويتم هذا التسجيل من طرف أحد أعوان التنفيذ، ثم يقوم عون التنفيذ بحجز العقار ويبلغ الأمر للمحجوز عليه وكذا مقال الحجز ونسخة من المحضر ويشعره بالمقتضيات القانونية بخصوص عدم التفويت أو الكراء للغير... وإن لم يكن العقار المحجوز بيد شخص آخر كحائزه وجب تبليغه نسخة من محضر الحجز. وتجدر الإشارة إلى أن رئيس المحكمة لا يصدر الأمر بالحجز التحفظي إلا بعد التأكد من الوثائق المدلى بها من طرف طالب الحجز العقاري والتيقن من رجحان حق الدائن وثبوته. وحري بالمشرع المغربي أن يلزم طالب الحجز التحفظي بضرورة تقييد الأمر القاضي به داخل أجل 15 يوماً من تاريخ صدوره تحت طائلة البطلان.⁽⁵⁾

آثار الحجز التحفظي:

لا يمكن تحول الحجز التحفظي إلى حجز تنفيذي إلا في حالة توفر الحاجز على سند تنفيذي يخوله ذلك، غير أن الحجز التحفظي يوفر أثريين هامين للدائن حماية لحقوقه، وهما قطع التقادم وتقييد سلطات المحجوز عليه.

(1). زكرياء الرجرجاني: مرجع سابق، ص: 142.

(2). تنص هذه الفقرة على: «... إذا تعلق الأمر بحجز تحفظي على عقار غير العقارات المشار إليها في الفقرة أعلاه حدده المحضر ببيان مكان وجوده وحدوده ومساحته إن أمكن مع الإشارة إلى كل المعلومات المفيدة وترسل نسخة من الأمر بالحجز والمحضر بواسطة عون التنفيذ إلى رئيس المحكمة الابتدائية قصد تقييده بسجل خاص موضوع رهن إشارة العموم ويقع الإشهار علاوة على ذلك لمدة خمسة عشر يوماً بتعليق الإعلان بالمحكمة على نفقة الحاجز.»

(3). نادية اللوسي: مرجع سابق، ص: 17.

(4). حسن القصباوي: مرجع سابق، ص: 25.

(5). هذا ما أكدته قرار رقم 337 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 21 يناير 1990 جاء فيه: «في حين أن الحجز التحفظي يفترض من وجود دين محقق في ذمة المحجوز عليه قبل الدائن، أو أن يكون ديناً له ما يرجح جديته وتحققه...». أوردته عبد العزيز توفيق، مرجع سابق، ص: 303.

قطع التقادم:

ينص الفصل 381 من ق.ل.ع في فقرته الأخيرة على أنه: «ينقطع التقادم: ... بكل إجراء تحفظي أو تنفيذي يباشر على أموال المدين أو بكل طلب يقدم للحصول على الإذن في مباشرة هذه الإجراءات».

تقييد سلطات المحجوز عليه:

ينص الفصل 453 من ق.م.ع على: « لا يترتب عن الحجز التحفظي سوى وضع يد القضاء على المنقولات والعقارات التي انصب عليها ومنع المدين من التصرف فيها تصرفاً يضر بدائنه ويكون نتيجة لذلك كل تفويت تبرعاً أو بعوض مع وجود الحجز باطلاً وعتيد الأثر».

الحجز التنفيذي: يكاد يجمع غالبية الفقهاء على كون نظام التنفيذ العقاري هو أكثر أنظمة التنفيذ تعقيداً وأطولها، وأبطأها من حيث الإجراءات، ويُعزى هذا بالأساس إلى القيمة الاقتصادية والاجتماعية للعقار، فما هي الإجراءات التي يتعين على الدائن المرتهن اتباعها حتى يقتضي حقه؟

تتمثل هذه الإجراءات في مرحلتين:

المرحلة الأولى: هي إعدار المدين وإعداد العقار للبيع أو ما يعرف بمسطرة الحجز التنفيذي. والمرحلة الثانية: هي بيع العقار بالمزاد العلني، وستناول المرحلتين تباعاً⁽¹⁾

مسطرة الحجز التنفيذي:

إن القاعدة العامة أن جميع أموال المدين ضمان عام لدائنيه، ويحق لهم مباشرة التنفيذ على أية أموال يختارونها ليتم بيعها لاستيفاء الديون المترتبة في ذمته⁽²⁾، لكن المشرع حد من عمومية هذه القاعدة بأن نص على أن التنفيذ يتم على المنقولات أولاً، فإن لم تكن كافية يتم التنفيذ على العقارات ما لم يكن للدين ضمان عيني على العقار⁽³⁾، وهو الرهن الحيازي في هذه الحالة.

1(1). يونس سوساني: «آثار الرهن الرسمي العقاري بالنسبة للدائن المرتهن والحائز. (على ضوء التشريع المغربي والمقارن).

رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، وحدة القانون المدني والأعمال، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم

القانونية والإقتصادية والاجتماعية، طنجة، السنة الجامعية: 2001-2012. ص: 27

2(2). يوسف افريل: «الرهن الرسمي العقاري. (ضمانة بنكية للدائن المرتهن)، دراسة معمقة معززة بالإجتهد القضائي المغربي

والمقارن». الطبعة الأولى: 2011، مكان الطبع غير مذكور، ص: 93.

3(3). تنص الفقرة الأولى من الفصل 469 من ق.م.ع على: « لا يقع البيع الجبري للعقارات إلا عند عدم كفاية المنقولات عدا

إذا كان المدين مستفيداً من ضمان عيني».

إعذار المدين بالأداء:

لعل من أهم مقدمات الحجز التنفيذي هو توجيه إنذار عقاري للمدين كخطوة قضائية أولى في مسطرة التنفيذ على العقار المرهون واسترجاع الديون المضمونة برهن عقاري، وقد نص المشرع على هذا الإجراء في كل من ق.م.م من خلال الفصل 440، وفي مدونة الحقوق العينية من خلال المادة 215 التي تنص على أنه:⁽¹⁾

«للدائن المرتهن الذي لم يستوف دينه في أجل استحقاقه أن يحصل على بيع الملك المرهون وفق الإجراءات المنصوص عليها في القانون، وذلك بعد توجيه إنذار بواسطة المكلف بالتنفيذ للمدين الأصلي وللحائز، لأداء الدين أو التخلي عن الملك المرهون داخل خمسة عشر يوماً من تاريخ التوصل به».

كما نص في الفقرة الأخيرة من المادة 216 على: «...يعتبر الإنذار المذكور بمثابة حجز عقاري وينتج نفس آثاره». ويتضمن الإنذار العقاري بحسب المادة الآتية: اسم المالك المقيد؛ واسم الملك المرهون؛ وموقعه ومساحته ومشمولاته؛ ورقم رسمه العقاري.

أما إذا تعلق الأمر بعقار غير محفظ فإن العون المكلف بالتنفيذ يشير إلى طبيعته تلك في محضره ويقيده في السجل الخاص بالمحكمة الابتدائية، حيث يقع حجزه وإشهاره ضمن الشروط المنصوص عليها في الفصل 471 من ق.م.م⁽²⁾، وذلك بعد أن يكون قد أُنذر المدين داخل أجل عشرة أيام من تاريخ تقديم طلب التنفيذ بأداء ما بذمته تحت طائلة التنفيذ الجبري. وبعد مرور الأجل المعين للوفاء دون التزام المدين به، يهيا العقار للبيع بالمزاد العلني.

إعداد العقار للبيع بالمزاد العلني:

هناك مجموعة من الإجراءات التمهيديّة التي يتعين اتباعها قبل البيع الجبري للعقار المستحق بالمزاد العلني، وتتمثل هذه الإجراءات فيما يلي⁽³⁾:

(1). يعرف الإنذار العقاري بكونه: «إشعار يوجهه الدائن المرتهن إلى المدين الراهن بواسطة عون التبليغ يطالب فيه بأداء الدين المضمون تحت طائلة نزع ملكية العقار المرهون ويبيعه بالمزاد العلني لتسديد هذا الدين وفوائده ومصاريه»... محمد سلام: «تحقيق الرهن الرسمي في القانون المغربي». مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 2002، ص: 24.

(2). ويتم هذا الإشهار لمدة شهر، ويطلب مأمور التنفيذ أداء مصاريه إشهار وأتعاب الخبير من الدائن تمهيداً لبيع العقار بالمزاد العلني.

- إبراهيم بحماني: «تنفيذ الأحكام العقارية، دراسة قانونية في التبليغ والتنفيذ معززة بالفقه والإجتهد القضائي في فرنسا ومصر والمغرب وقرارات حديثة لم تنشر بعد، وقد ألحق بها نصوص قانونية لها علاقة بالموضوع». الطبعة الأولى: 2001، مكان الطبع غير مذكور، ص: 147.

(3). أمينة ناعمي ومحمد الهيني: «القواعد الموضوعية والإجرائية للرهن الرسمي الإجباري فقهاً وقضاءً، مقارنة نظرية

- تهيئة دفتر التحملات بحسب مقتضيات الفصل 474 من ق.م.م⁽¹⁾ ويتضمن جل المعلومات المتعلقة ببيع العقار.
- إعداد إعلان تاريخ المزاد.
- إشهار إعلان تاريخ المزاد في الصحافة والإذاعة أو غيرهما من وسائل الإعلام.
- تعليق إعلان تاريخ المزاد بكل من: اللوحة المخصصة للإعلانات بالمحكمة التي يوجد مقرها محل التنفيذ ومكاتب السلطة الإدارية المحلية؛ باب مسكن المحجوز عليه؛ وبالعقار المحجوز محل التنفيذ.
- تلقي العروض بالشراء وإثباتها من طرف عون التنفيذ بأسفل محضر الحجز حسب ترتيبها التاريخي.
- إخطار جميع المعنيين بالأمر بيوم المزاد: الدائن؛ المدين؛ الحائز إن وجد.
- يتكلف المستفيد من الحجز بمصاريف الإشهار والتي يضعها بصندوق المحكمة ويحدد الثمن الأساسي للمزايدة من طرف خبير تعينه المحكمة. ويكون الطعن في إجراءات الحجز العقاري قبل إجراء السمسرة، ويكون القرار المطعون فيه معللاً تعليلاً كافياً إذا لم يطعن الطاعن في البيع بالمزاد العلني إلا بتاريخ لاحق لوقوعه، وبعدهما يتم تبليغه بالحجز التنفيذي وبالإعلان عن البيع بعد استيفاء كافة الإجراءات وحضوره للمزايدة.

بيع العقار المرهون بالمزاد العلني.

عند الإنتهاء من إجراءات تحضير العقار للبيع تنطلق مرحلة جديدة هي مرحلة بيع العقار بالمزاد العلني، حيث يقوم رئيس كتابة الضبط أو عون التنفيذ بإجراء المزايدة بعد التحقق من الإجراءات التمهيدية للبيع وإيداع قائمة شروط البيع في جلسة البيع ومكانه وساعته طبقاً للفصل 474 من ق.م.م والتأكد من عدم أداء المدين ما بذمته، وستتطرق إلى الإجراءات التي تتم في مرحلة بيع العقار بالمزاد العلني وفق الشكل الآتي:⁽²⁾

الشروع في تلقي العروض:

يتلقى عون التنفيذ عروض الشراء إلى تاريخ إقفال محضر المزاد في السمسرة النهائية، ويثبت هذه العروض حسب ترتيبها التاريخي من أسفل محضر الحجز، ويتعين عليه في الأيام العشرة اللاحقة لتبليغ الحجز إخطار المنفذ عليه أو من يقوم مقامه أو القيم المعين عنه بوجود الحضور في اليوم المحدد للسمسرة⁽³⁾.

وعملية لرفع الغموض القانوني عن مؤسسة الرهن الرسمي الإجباري». الطبعة الأولى: 2010، منشورات مركز قانون

الإلتزامات والعقود بكلية الحقوق بفاس، ص: 220 و 221.

(1). حسن القصباوي: مرجع سابق، ص: 32 وما بعدها.

(2)1. يونس سوساني: مرجع سابق، ص: 33.

(3). حسن القصباوي: مرجع سابق، ص: 33.

السمسرة:

ينص الفصل 476 من ق.م.م في فقرته الأولى على: « تقع السمسرة في محل كتابة الضبط التي نفذت الإجراءات وأودع فيها المحضر بعد ثلاثين يوماً من تبليغ الحجز المنصوص عليه في الفصل السابق. غير أنه يمكن تمديد الأجل نتيجة الظروف بأمر معلل من الرئيس لمدة لا يمكن أن تتجاوز في الكل تسعين يوماً بإضافة الثلاثين يوماً الأولى إليها».

فأجل السمسرة المتعلقة بالعقار المحجوز محدد في الثلاثين يوماً الموالية لتبليغ الحجز، ويمكن لرئيس المحكمة تمديد هذا الأجل بأمر معلل على ألا يتجاوز التمديد تسعين يوماً بإضافة الثلاثين يوماً الأولى⁽¹⁾. وإذا تم تحديد تاريخ السمسرة يشرع عون التنفيذ في تلقي العروض المقترحة من أجل شراء العقار المحجوز، وهكذا إذا حل اليوم والساعة المحددان لإجراء السمسرة وتختلف المدين عن الحضور والوفاء بما في ذمته، يتم التوجه إلى قاعة البيوعات لعرض العقار للبيع ومباشرة إجراءات السمسرة بمقر كتابة الضبط⁽²⁾. ويمكن تقديم عروض جديدة⁽³⁾ في يوم المزاد بشكل شفوي، وكل عرض لاحق يسقط العرض السابق إلى أن تقف المزايدة على صاحب العرض الأخير⁵، فيشرع عون التنفيذ في إشعال شمعة ثلاث مرات تستغرق كل مرة دقيقة إلى حين انطفاء الأخيرة، إلا أن كتابات الضبط أصبحت تكتفي عند انتهاء تقديم العروض بتكرار أعداد من 1 إلى 3 لإنهاء السمسرة⁽⁴⁾.

وبعد انتهاء السمسرة يعرض عون التنفيذ الأمر على رئيس المحكمة الذي يأذن بالموافقة إذا تجاوز العرض المقدم ثمن الخبرة أو استقر عليها[55]. وإذا تم قبول البيع من طرف رئيس المحكمة يحرم مأمور التنفيذ محضراً للسمسرة بتاريخه وعلى كل متزايد عن الغير استقرت عليه المزايدة أن يصرح بذلك خلال 48 ساعة من إجراء السمسرة[56]، ويؤدي من رست عليه المزايدة تسبيحاً بصندوق المحكمة لم يحدد المشرع قدره وإنما جرت العادة أن يقدم به شيئاً مضمون الأداء أو يؤديه بصندوق المحكمة وبعد انتهاء العشرة أيام يؤدي ما تبقى من مبلغ البيع إضافة إلى واجبات الخزينة والمتمثلة في 3% وفق ما حددها ظهير 1984 المتعلق بالرسوم القضائية في الميدان المدني⁽⁵⁾.

(1). يوسف افريل: مرجع سابق، ص: 174.

(2). الفقرة الأولى من الفصل 476 من ق.م.م.

(3). تجدر الإشارة إلى أنه يمنع على القضاة والمحامين والوكلاء والكتاب والمفوضين القضائيين الذين حددهم القانون أن يشاركوا في المزايدة وإلا تعرضوا للتأديب.

(4). نادية للوسي: مرجع سابق، ص: 40.

(5). في حالة عدم حضور المتزايدين أو حضور أقل من اثنين أو عدم تقديم عروض كافية تعاد السمسرة تعاد السمسرة بنفس الإجراءات السابقة.

إعادة السمسة:

تعاد السمسة في حالتين، إما بتقديم عرض زيادة السدس أو بتخلف المشتري عن الأداء.

أ - تقديم عرض زيادة السدس:

يمكن لكل راغب في الشراء داخل العشرة أيام الموالية لتاريخ السمسة أن يقدم عرضاً بالزيادة عما رست به المزايدة شريطة أن يكون العرض يفوق مقدار السدس ثمن البيع الأصلي والمصاريف، ويحرر المتقدم بالعرض الجديد تعهداً مشتملاً على الزيادة وعلى بقائه متزايداً بثمن المزايد الأول مضافة إليه الزيادة التي عرضها ويوقعه ويصادق على توقيعه، وفي هذه الحالة تقع السمسة النهائية بعد ثلاثين يوماً يعلن عنها وتشهر وتتم بشأنها نفس إجراءات السمسة الأولى. وبعد ذلك يحرر محضر المزايدة ويعتبر:

-سنداً للمطالبة بالثمن لصالح المحجوز عليه ولذوي حقوقه.

-سند ملكية لصالح الراسي عليه المزاد، ولا يسلم إلا بعد تنفيذ شروط المزاد⁽¹⁾

تخلف المشتري عن الأداء:

في حالة عدم تنفيذ الراسي عليه المزاد لشروط المزايدة ينذر بذلك طبقاً للمقتضيات المسطرية⁽²⁾، فإن لم يستجب خلال أجل عشرة أيام من توصله أعيدت مسطرة البيع تحت مسؤوليته⁽³⁾. وتنحصر إعادة البيع في إشهار جديد فقط على أن تقع السمسة خلال ثلاثين يوماً من هذا الإشهار، ويمكن للمشتري المتخلف في أي مرحلة أداء الثمن والمصاريف وكذا المصاريف الجديدة بفعل تصرفه⁽⁴⁾، وعند حلول تاريخ البيع إذا بيع هذا العقار بثمن أعلى مما استقرت عليه المزايدة الأولى فلا إشكال في الموضوع وليس للمشتري المتخلف أن يطالب بالزيادة أو إذا استقرت السمسة على ثمن أقل من السمسة الأولى فإن المشتري المتخلف يتحمل مسؤولية الفرق بين العرضين ويعتبر محضر المزايدة الثانية سنداً لتحصيل هذا الفرق من المشتري المتخلف⁽⁵⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن العقار المبيع لا يمتلكه الراسي عليه المزاد بصفة قانونية إلا بعد تسجيل محضر البيع بالمحافظة العقارية في الرسم العقاري إذا كان العقار محفظاً أما إذا لم يكن

(1).الفقرة الأخيرة من الفصل 477 من ق.م.م.

(2).نادية اللوسي: مرجع سابق، ص: 41.

(3). إبراهيم بحماني: مرجع سابق، ص: 152.

(4).الفصل 485 من ق.م.م: « إذا لم ينفذ الراسي عليه المزاد شروط المزايدة أنذر بذلك فإن لم يستجب خلال عشرة أيام أعيده البيع تحت مسؤوليته وعهدهته».

(5).أمينة ناعمي ومحم المطلب الثاني: صعوبات تحقيق الضمانات المقررة في الرهن الحيازي.د الهيني: مرجع سابق، ص:

حفظاً فإن محضر إرساء المزايدة يعتبر سند ملكية للمشتري.⁽¹⁾⁵ وهكذا فإن التشطيب على الرهن الحيازي يتم تلقائياً بمجرد تسجيل محضر المزايدة، ونفس الشأن بالنسبة لكافة الحقوق العينية التبعية المقيدة، ويحصل انقضاء هذه الحقوق بحكم القانون⁽²⁾، وهذا ما نصت عليه مدونة الحقوق العينية في الفقرة الأخيرة من المادة 220 بقولها: «يترب على تقييد محضر إرساء المزايدة بالرسم العقاري انتقال الملك إلى من رسا عليه المزاد وتطهيره من جميع الإمتيازات والرهنون ولا يبقى للدائنين حق إلا على الثمن».

وأخيراً، فإن الحماية القانونية تتحقق للدائن المرتهن بعد أن يستوفي حقه من ثمن بيع العقار بالمزاد العلني وذلك من صندوق المحكمة، وتحقيد هذه الإجراءات وطولها وإن كان يحمل وجهاً سلبياً في تأخير المصالح، إلا أنه يدعم الإئتمان العقاري عبر مجموعة من الإجراءات الدقيقة التي أوجب المشرع تتبعها في هذا الصدد.

صعوبات تحقيق الضمانات المقررة في الرهن الحيازي:

إن الرهن الحيازي يشكل ضمانات عينية لدى الدائن المرتهن، لما يضمن له من حق في استيفاء دينه على العقار محل الرهن من غير أن يحمله عبئاً في إدارته واستغلاله، إلا أن هذه الضمانة وفعاليتها قد تظل قاصرة بالنظر إلى مجموعة من التقييدات وبطء مسطرة التنفيذ على العقار.

هذه التعقيدات تبدأ عادة بانطلاق المسطرة يتم الطعن في الإنذار العقاري والمنازعة في إجراءاته عن طريق دعوى البطلان، كما قد يثار نزاع حول استحقاق العقار المراد التنفيذ عليه ونفصل ذلك كالاتي:

دعوى الإستحقاق الفرعية:

إن المتأمل للوهلة الأولى في إجراءات تحقيق الرهن تبدو له بسيطة للغاية، إلا أنها تثير العديد من الإشكالات والتعقيدات حيث تكون محل طعون ومنازعات عديدة خصوصاً إذا ادعى أحد الأغيار أن العقار المراد التنفيذ عليه هو مملوك له، وهو ما يعرف بدعوى الإستحقاق الفرعية.

مفهوم دعوى الاستحقاق الفرعية وأطرافها:

مفهوم دعوى الاستحقاق الفرعية:

لم يقم المشرع المغربي بتعريف دعوى الاستحقاق الفرعية بل ترك أمر تحديد ماهيتها إلى الفقه والقضاء، وبالرجوع إلى التعريفات التي أعطاهها الفقهاء والقضاء لهذه الدعوى نجد أن منهم

(1). حسن القسباوي: مرجع سابق، ص: 34

(2). أمينة ناعمي ومحمد الهيني: مرجع سابق، ص: 241.

من عرفها على كونها : «دعوى هادفة إلى استحقاق العقار وتخليصه من الحجز⁽¹⁾ بعد إيقاعه عليه، والوقوف في وجه أي تفويت مبكر يتم في غفلة من المالك الحقيقي له»، واعتبرها البعض بكونها الدعوى التي يرفعها مدعي ملكية العقار الذي شرع في نزع ملكيته أثناء التنفيذ طالبا الحكم له بملكية العقار وبطلان إجراءات التنفيذ، كما عرفها أكرم بأنها الدعوى التي يرفعها من يدعي ملكية العقار المحجوز قبل بيعه، ويكون هدفها تخليص العقار موضوع إجراءات التنفيذ من الحجز الموقع عليه.⁽²⁾

في حين عرفها أحمد أبو الوفا بأنها الدعوى الموضوعية التي يرفعها من يدعي ملكية العقار المحجوز قبل بيعه⁽³⁾ أما على مستوى القضاء فقد ذهبت محكمة النقض المصرية في تعريفها لدعوى الإستحقاق الفرعية بأنها دعوى ترفع أثناء إجراءات التنفيذ ويطلب فيها بطلان هذه الإجراءات مع إستحقاق العقار المحجوز كله أو بعضه⁽⁴⁾.

ومن خلال هذه التعاريف يمكن القول أن دعوى استحقاق العقار الفرعية، وهي تنصب على حق الملكية يتقدم بها شخص أثناء تنفيذ مسطرة تحقيق الرهن وتوصف كونها فرعية على اعتبار أنها تتفرع عن التنفيذ.

أطراف دعوى الإستحقاق الفرعية:

يقصد بهم المدعي ومن توجه ضده الدعوى، المدعى عليه.

المدعي:

يقصد به غير الذي يعتبر طرفاً في إجراءات التنفيذ والذي يمكنه أن تتمسك بحقه عن طريق دعوى بطلان إجراءات التنفيذ. ويشترط فيه أن لا يكون ملتزماً شخصياً بأداء الدين كالمدين الأصلي أو خلفه أو المتضامن معه أو كفيله.

كما أن أصحاب الحقوق العينية على العقار لا يمكنهم مباشرة هذه الدعوى ما داموا يدعون على العقار حقوقاً أخرى غير حق الملكية، إلا أن أحد الفقهاء اعتبر أنه يمكن لأصحاب الحقوق

(1). أحمد نويضي: القضاء المغربي وإشكالات التنفيذ الجبري للاحكام، مطبعة الكتاب، فاس، الطبعة الاولى، 1995، ص 144.

(2). عبد السلام بناني وحسن الفاكهي وآخرون، التعليق على قانون المسطرة المدنية المغربي في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الثاني، إصدار الدار البيضاء العربية للموسوعات، القاهرة، بالإشتراك مع الشركة الجديدة، دار الثقافة - الدار البيضاء، الطبعة الاولى 1983، ص 130.

(3). احمد أبو الوفا: إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة السادسة: 1987، ص 83.

(4). الطعن رقم 221 سنة 30 ق جلسة 3722 - 1980 أورده احمد شعله.

العينية الأصلية كصاحب حق الإنتفاع أو صاحب حق الإرتفاق أن يرفعوا دعوى الإستحقاق الفرعية، وذلك أنهم يتمتعون بنفس حقوق المالك، وما دام أن المشرع منح له حق رفع دعوى الإستحقاق الفرعية لأنه متضرر من جراء الحجز على أملاكه، فإن أصحاب الحقوق العينية يتضررون كذلك من جراء الحجز شأنه شأن المالك.

المدعى عليه:

يعتقد بعض الفقه أن الأطراف المدعى عليهم في دعوى الإستحقاق الفرعية هم المحجوز عليه، أي المدين الأصلي وكذا الحاجز وباقي الدائنين المقيدين أو المتدخلين في مسطرة التنفيذ مما يتعين توجيه الدعوى ضدهم جميعا. وعليه، فإن دعوى الإستحقاق الفرعية يفترض منطقيا ان ترفع على المدين أو الحاجز أو الكفيل العيني إن وجد لأنه هو المدعى عليه في منازعته للملكية، وكذا على من يباشر الإجراءات، والدائن المقيد الأول ممثلين لباقي الحاجزين والدائنين وأنهما المدعى عليهما في دعوى البطلان. والملاحظ أنه إذا أهمل أحد من هؤلاء كانت الدعوى معيبة وتعين الحكم بعدم قبولها، وهذا ما صارت عليه المحكمة الابتدائية في وجدة⁽¹⁾.

شروط دعوى الإستحقاق الفرعية:

إضافة إلى الشروط العامة التي أوردها المشرع المغربي في الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية المتعلقة برفع الدعوى فقد اشترط المشرع المغربي وتتميز بخصوصيات كثيرة نستشفها في ما يلي:

وجوب تقديم دعوى الإستحقاق الفرعية أثناء إجراءات التنفيذ وقبيل إجراءات البيع:

حيث ينص الفصل 482 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي: « إذا ادعى الغير ان الحجز انصب على عقارات يملكها، لإبطال الحجز رفع دعوى الإستحقاق، ويمكن رفع هذه الدعوى إلى حين إرساء المزايادات نهائية ». إذن من خلال الفصل يمكن القول أن أجل رفع الدعوى يبدأ من الوقت الذي يتخذ فيه أول إجراء للتنفيذ على عقار، ويمتد إلى التاريخ الذي تصبح فيه المزايادات نهائية. وباستعمال مفهوم المخالفة فإن رفع دعوى الإستحقاق الفرعية الخارجة على هذا الأجل فإنها تكون دعوى الإستحقاق أصلية لا فرعية.

طلب الغير استحقاق ملكية عقار:

إن موضوع دعوى الإستحقاق الفرعية يتكون من شقين الأول وهو المطالبة

(1).1. حكم رقم 3315 في ملف مدني عدد 1214/03 ، صادر بتاريخ 20/11/03 بمحكمة الإستئناف بوجدة

بالإستحقاق، أما الشق الثاني فيتمثل في طلب بطلان إجراءات الحجز. وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن موضوع دعوى الإستحقاق الفرعية هو المطالبة بحق الملكية بجميع عناصره من استغلال واستعمال وتصرف، لأنها أساس دعوى الملكية.

طلب بطلان إجراءات التنفيذ.

بالرجوع إلى الفقرة الأولى من الفصل 482 من ق م م نجد أنه ينص على أنه : « يتعين على المدعي إبطال الحجز المنصب على عقاره أن يدفع بتخلف شرط من الشروط الموضوعية للتنفيذ وهو كون العقار المحجوز مملوكا له لا للمنفذ ».

وإذا اكتفى المدعي بطلب تقرير حقه دون أن ينازع في إجراءات التنفيذ، فإن دعواه لا تعتبر دعوى الإستحقاق الفرعية، فهذا الطلب يعد شرطا ضروريا لسماع هذه الدعوى تمييزا لها عن دعوى الإستحقاق الأصلية.

وتطبيقا لذلك إذا رفعت الدعوى أثناء إجراءات التنفيذ ثم زالت هذه الإجراءات سواء بتخلي الحاجز عنها بأي سبب، فإنه لا يصبح هناك محل لبطلانها وتتحول الدعوى إلى دعوى الإستحقاق أصلية.

آثار دعوى الإستحقاق الفرعية:

دعوى الإستحقاق الفرعية سواء انصبت على منقول أو عقار فهي تعد منازعة موضوعية، وإذا كان المشرع المغربي قد رتب على دعوى الإستحقاق الفرعية الواردة على منقول وفق مسطرة التنفيذ، فإنه اكتفى بخصوص دعوى الإستحقاق الواردة على عقار بصياغة غامضة لا توفي بالغرض من خلال الفقرة الثانية من الفصل 482 من ق م م بالقول : « يمكن رفع هذه الدعوى إلى حين إرساء المزايدة النهائية، ويترتب عليها وقف مسطرة التنفيذ بالنسبة إلى الأموال المدعى فيها بالإستحقاق إذا كانت مصحوبة بوثائق يظهر أنها مبنية على أساس صحيح ».

وأمام هذه الصياغة العامة والغامضة، فإن الفقه المغربي انقسم إلى قسمين بالنسبة لآثار دعوى الإستحقاق الفرعية على مسطرة التنفيذ بين اتجاه قائل بالوقف التلقائي بإجراءات التنفيذ واتجاه آخر قائل بضرورة صدور حكم إيقاف التنفيذ بناء على طلب.

الاتجاه القائل بالوقف التلقائي لإجراءات التنفيذ:

يدافع هذا الإتجاه على فكرة مفادها أن مجرد تقديم مقال افتتاحي لدعوى الإستحقاق الفرعية فهو يرتب وبصورة تلقائية وفورية وقف مسطرة البيع الجبري للعقارات للمدعى فيها بالإستحقاق من غير حاجة لإستصدار حكم أو امر قضائي بالوقف حيث يتعين على العون الملكلف بالتنفيذ التوقف على مواصلة إجراءات التنفيذ بمجرد توصله بمقال الدعوى.⁽¹⁾

1(1). محمد جلال : الغنذار العقاري عليه، مقال منشور بمجلة المحامي العدد الرابع سنة 1989 ، ص 5.

وهذا الرأي صارت عليه مجموعة من المحاكم المغربية من خلال أوامر استعجالية، فقد جاء في امر استعجالي صادر من ابتدائية الدار البيضاء « وحيث أنه اعتبارا لتقديم دعوى رامية إلى إبطال الإنذار العقاري، وأنه تطبيقا لأحكام الفصل 484 من م ق م الذي يحيل على الفصل 483 من نفس القانون، فإن الدعوى توقف إجراءات التنفيذ تلقائيا، وأن محكمة الموضوع هي التي ستأمر بمواصلة إجراءات التنفيذ إذا اعتبرت أنه لا موجب لوقف الحجز العقاري⁽¹⁾ .

الإتجاه القائل بضرورة حكم بإيقاف التنفيذ بناءً على طلب:

يرى أصحاب هذا الإتجاه ان رفع دعوى الإستحقاق لا يوقف إجراءات التنفيذ بصفة تلقائية مستنديين على مدلول الفقرة الثانية من الفصل 482 الذي يشترط أن تكون دعوى الإستحقاق الفرعية مصحوبة بوثائق مبنية على أساس صحيح للجهة المختصة. واختلف أصحاب هذا التيار في الجهة المختصة في البث في طلب وقف إجراءات التنفيذ إلى رأيين رأي يوكل الإختصاص إلى رئيس المحكمة بصفته قاضيا لأوامر المبنية على طلب استنادا على الفصل 148 من م ق م ، ورأي آخر أعطى الإختصاص على اعتبار أن دعوى الإستحقاق الفرعية تمس حقوق وجوه الموضوع.

ثانياً : دعوى بطلان إجراءات التنفيذ على العقار المرهون

لا يمكن الحديث عن بطلان إجراءات التنفيذ على العقار المرهون إلا بتناول دعوى بطلان إجراءات الحجز التنفيذي على العقار المرهون ، ثم الطعن ببطلان إجراءات الإنذار العقاري. دعوى بطلان إجراءات الحجز التنفيذي على العقار المرهون إن الطابع المميز لدعوى إجراءات الحجز هو تنوع الأسباب التي يتمسك بها المدعي من جهة، والذي يكون ملزما باحترام مجموعة من الشكليات المسطرية عند إقامته لهذه الدعوى.

الأسباب الموجبة للطعن في إجراءات الحجز العقاري:

لم يحدد المشرع المغربي في الفصل 484 من قانون المسطرة المدنية الأسباب التي يمكن الركون إليها للطعن في إجراءات الحجز، مما فسح المجال لكل من تضرر من مسطرة التنفيذ لإقامة دعوى بطلان الحجز أمام قضاء الموضوع رفعا للضرر الذي يلحق به، حيث يحق لمالك العقار المحجوز عليه أن يسارع إلى ممارسة هذه الدعوى حين يتم خرق المقتضيات القانونية المنظمة لمسطرة التنفيذ على العقار سواء في قانون المسطرة المدنية أو في ظهير 1915 المطبق على العقارات المحفوظة.

وقد أقر المشرع المغربي بشأن مسطرة الحجز العقاري مجموعة من الضوابط المنظمة في

(1). أمر استعجالي رقم 5448/473 صادر بتاريخ 1986/10/14 في ملف استعجالي عدد 4099/86 منشور بمجلة المحاكم

المغربية عدد 53، ص 75 وما بعدها.

عدة نصوص قانونية، والتي ينتج عن عدم احترامها حصول عدة إخلالات شكلية وموضوعية.

الخلل الشكلي :

له كثير من الأشكال التي أقرها المشرع المغربي في قانون المسطرة المدنية، كمثال عدم التقيد بأحكام الفصل 469 من هذا القانون عن طريق قيام الدائن بمتابعة إجراءات التنفيذ قبل تبليغ المدين المحجور عليه شخصا أو في موطنه أو محل إقامته تحول الحجز التحفظي إلى حجز تنفيذي.

الخلل الموضوعي :

فقد ينصب على أصل الحق وثبوت الدين، إذ يحق للمدين أن يتمسك بانقضاء الدين بالوفاء أو بطلان عقد الرهن...، وفي هذه الحالة تقتضي المحكمة في التقاط محل النزاع اعتمادا على أحد وسائل تحقيق الدعوى، فلها آنذاك لن تامر بإجراء خبرة حسابية عندما يتبث لديها جدية المنازعة التي أقامها المدين.

المسطرة المتبعة في دعوى بطلان إجراءات الحجز العقاري:

تتعدد أسباب الطعن في إجراءات الحجز العقاري، إلا أن مسطرة هذا الحجز هي واحدة نص عليها المشرع المغربي في الفصل 484 و 483 من ق م م ، حيث يلزم المدعي بتقديم دعواه بمقال مكتوب معزز بالوثائق المؤيدة بإدعاءاته، مع توضيح الأسباب التي اعتمدها للقول ببطلان الحجز العقاري، قبل إجراء عملية السمسرة.

كما أن مقال الدعوى يجب أن يستجمع شروط صحته موضعا للإخلالات الشكلية والموضوعية التي شابت المسطرة، بصرف النظر عن الأشخاص الذين يمكنهم الطعن بإجراءات الحجز التي شابتها، كما عليه أن يعرف بأسماء وهويات وعناوين باقي أطراف التنفيذ كمدعى عليهم بم فيهم المدين إن لم يكن هو رافع الدعوى، والدائن الحاجز بحضور عون التنفيذ ليقوم فيما بعد بأداء الرسوم المستحقة، كما أن هذه الدعوى يجب أن تقدم قبل التاريخ المحدد للسمسرة بثمانية أيام كاملة على الأقل تحت طائلة عدم قبول طلبه طبقا لما هو منصوص عليه في الفصل 63 من المرسوم الملكي الصادر بتاريخ 17 دجنبر 1968.

آثر رفع دعوى البطلان على مسطرة التنفيذ:

إن أهم الإشكالات التي واجهت الفقهاء في هذا الإطار هو إشكال ما إذا كان مجرد تقديم دعوى بطلان الإجراءات يوقف مسطرة التنفيذ بصفة تلقائية أم ان الامر يحتاج إلى تقديم طلب مستقل لذلك، حيث تعددت الآراء الفقهية في هذا المجال، ويبقى أرجحها ذلك الرأي الذي ذهب إلى ان رفع دعوى البطلان يوقف إجراءات الحجز تلقائيا ويتعين على عون التنفيذ أن يكف عن

القيام بأي إجراء ما يدلي له المدعي بمقال الدعوى.

الطعن ببطلان إجازات الإنذار العقاري:

يقودنا للحديث عن هذه النقطة إلى التطرق إلى أساسها القانوني والجهة المختصة للبحث في المنازعة وكذا أجل الدعوى وآثار قبول الطعن، ثم الأسباب التي تؤثر في صحة الإنذار العقاري.

الأحكام العامة لدعوى الطعن في الإنذار العقاري:

تجد هذه الدعوى سندها في مقتضيات الفصل 484 من قانون المسطرة المدنية، أما أجل الطعن فيها فيظل فيها مفتوحا لغاية تاريخ إجراء المزايدة حسب هذا الفصل، كما أن الدعوى ترفع أمام قضاء الموضوع وبذلك بموقع محكمة العقار أو موطن المدعى عليه، ويتحدد الإختصاص النوعي بحسب الإختصاص الموكول لكل محكمة دون إهمال الولاية العامة للمحكمة الابتدائية، وتصدر المحكمة بعد نظرها في الطلب إما حكما بالإستجابة لطلب بطلان الإنذار حين ينبنى على ومؤيدات معقولة، أو بالرفض حين تكون هذه المبررات واهية.

أسباب بطلان الإنذار العقاري.

يبطل الإنذار العقاري إما نتيجة خرق إجرائي، أو خرق موضوعي. البطلان المرتكز على إحلال إجرائي: يبطل الإنذار العقاري بانعدام البيانات اللازمة لصحته، أو بطلان إجراءات تبليغه: البطلان المؤسس على خرق القواعد الموضوعية للإنذار العقاري.

المبحث الثالث: الضمان العام ووسائل حماية حق الدائن:

سنعرض من خلال هذا المبحث الضمان العام ووسائل حماية حق الدائنين للوفاء به خاصة و أن استيفاء الدائنين لديونهم أمر ضروري لتواصل ازدهار المعاملات بين الأفراد ، فتهرب المدينين من الوفاء سيؤدي مباشرة إلى اضطراب الأنشطة الاقتصادية و تصدع الثقة القائم بها العمل بين الأطراف مما يدعم فكرة الحاجة إلى تقوية مركز الدائن الذي يمثل المحور المحرك للنشاط الاقتصادي أمام إفسار مدينه أي توقفه عن الدفع لعدم كفاية أمواله.

مدى نجاعة الضمان العام وخصائصه

أورد الفصل 192 من مجلة الحقوق العينية (م ح ع) مبدأ المساواة بين الدائنين في الضمان العام إضافة إلى مبدأ العمومية و الوسائل المحافظة عليه و هو ما يجعل نجاعته موجودة و لكن هذا المبدأ ليس مطلقا حيث نجد أسبابا قانونية أخرى تقوم على تفضيل الدائنين مثل الامتياز و الرهن و الحبس مما يؤكد نواقص الضمان العام و بالتالي نجاعته المحدودة .

نجاعة حق الضمان العام موجودة:

سننترق في هذا الجزء إلى خصائص حق الضمان العام ثم إلى وسائل حماية حق الضمان العام.

خصائص حق الضمان العام:

يقوم حق الضمان العام على خاصيتين و هما قاعدة العمومية حيث تكون جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بدينه ، و قاعدة المساواة حيث أن جميع الدائنين متساوون في الضمان .

جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه:

الدائن الذي يتمتع مدينه عن الوفاء بدينه يستطيع أن ينفذ بحقه على المال الذي يختاره من أموال المدين الموجودة في ذمته وقت التنفيذ. أي أن التنفيذ لا يقتصر على الأموال التي كانت للمدين وقت نشوء الدين بل يتناول أيضا الأموال التي دخلت في ملكيته بعد ذلك. أما الأموال التي تصرف فيها المدين قبل أن يبدأ الدائن إجراءات التنفيذ فلا يحق للدائن أن يتبعها في يد من انتقلت إليه لان الضمان العام لا يمنحه هذا الحق.

و الذمة المالية تتكون من عنصرين ،عنصر إيجابي، يتكون من مجموع الحقوق المالية لصاحب الذمة. و عنصر سلبي، يتكوّن من مجموع الديون، و هما مرتبطان في وحدة متماسكة ،تعطي للذمة المالية كياناً ذاتياً، يتميز عن ما تتضمنه من حقوق و التزامات. هذا الكيان الذاتي

للذمة يجعل الجانب الايجابي منها، مسؤولاً عن الجانب السلبي، معنى ذلك أن ضمان الدائنين لا يقع على مال معين، أو حق معين من أموال المدين، بل يقع على الجانب الايجابي للذمة المالية. وهذا معنى الضمان العام الذي عبر عنه الفصل 192 م.ج.ع بعبارة "مكاسب المدين" التي وردت في المطلق.

لكن القانون قد يمنع التنفيذ على بعض أموال المدين. والمال الذي يمنع القانون التنفيذ عليه، يخرج من دائرة الضمان العام و يمنع على الدائنين اقتضاء حقوقهم منه، وهو المال غير القابل للعقلة، و للتنفيذ الجبري. فقد تدخل المشرع أحيانا لمنع عقلة بعض الأموال لاعتبارات إنسانية، أو تهتم المصلحة العامة، كما هو الشأن بالنسبة للفصل 308 مجلة المرافعات المدنية، والتجارية (م.م.ت) الذي يمنع عقلة ما يلزم للمعقول عنه و عائلته من الفراش و الملابس و الأواني. و كذلك الفصل 331 م.م.ت بالنسبة للنفقة إذا صدر بها حكم و التسيقات ذات الصبغة المعاشية عن تعويض ضرر ناشئ عن جنحة أو ما شابهها و كذلك المبالغ التي تمنحها الدولة و المؤسسات العمومية و الجماعات العمومية المحلية بعنوان إعانات فردية دورية أو عرضية. أما الفصل 37 من مجلة المحاسبة العمومية فقد أقرّ بعدم عقلة الأموال المملوكة للدولة و المؤسسات العمومية و المحلات العمومية المحلية.

كذلك أقر الفصل 306 م.م.ت بعدم عقلة الأموال التي تكون محل ضمان خاص أي تلك التي تكون محلاً لإحدى التأمينات العينية كالرهن و الحبس و الامتياز. و قد ذهب جانب فقهي على أن الضمان العام ينقسم إلى عنصر مديونية و عنصر مسؤولية.

أما المديونية فتعني ما يجب على المدين الوفاء به. أما المسؤولية فتعني: سلطة الدائن في قهر المدين على الوفاء بما التزم به أو تعويضه عن عدم الوفاء. فإذا نُفَذ المدين التزامه انقضت المديونية و إذا امتنع عن التنفيذ تحرك عنصر المسؤولية الذي بواسطته يستطيع الدائن إجباره عليه.

مسؤولية المدين هنا مسؤولية شخصية، غير محددة بمال معين، و هي تقتصر على ما يمتلكه المدين من أموال وقت المباشرة بالتنفيذ، و لا يمتد إلى أي مال تصرف فيه، إلى الغير، قبل هذا الوقت إلا إذا توفرت شروط الدعوى البوليانية و طعن الدائن بهذا التصرف.

على أي حال، و أياً كان تفسير الفقه للضمان العام فإن من المتفق عليه أن الضمان العام ينصب على كل أموال المدين الحاضرة في ذمته وقت التنفيذ و يقصر عن تتبع الأموال التي خرجت من ذمته قبل هذا الوقت.

جميع الدائنين متساوون في الضمان:

وهذه المساواة تعني أن جميع الدائنين يتمتعون بحق اقتضاء ديونهم من أموال المدين دونما تمييز بينهم بسبب التواريخ التي نشأت فيها ديونهم. و قد تبني الفصل 192 م.ج.ع هذه

الخاصية من خلال عبارة "يتحاصون ثمنها" فلا فرق بين دائن نشأ حقه بتاريخ متقدم ودائن نشأ حقه بتاريخ لاحق أي أنها تعني انعدام الأفضلية بين الدائنين العاديين الذين يتمتعون بحق المطالبة بديونهم من أموال المدين دون تمييز بينهم.

فلكل الدائنين نفس الحقوق على مكاسب المدين و لكل منهم الحق في عقله مكاسبه عند حلول اجل الدين. و تنطبق قاعدة المساواة على الدائنين العاديين الذين يتمتعون بحق الضمان العام، و كذلك الدائنين الذين يتمتعون بحق ضمان عام مزدوج ، و هي وضعية الدائن المستفيد بتامين شخصي فيكون للدائن حق الضمان العام على ذمة المدين الأصلي و حق الضمان العام على ذمة الضامن. وعلى عكس الدائن العادي؛ فالدائن المفضل هو المتمتع بتامين عيني على غرار الامتياز، الحبس، و الرهن حسب الفصل 193 م.ح.ع. و تبرز أهمية هذه المساواة عندما لا تكفي أموال المدين للوفاء بديونه جميعا فعندئذ يقتسمون ما في ذمته قسمة غرما أي لكل بحسب دينه. فلا أفضلية في الضمان العام على غيره من الدائنين.⁽¹⁾ و بالتالي يتحصل كل دائن على جزء من دينه تطبيقا لقاعدة المحاصصة أي قسمة المال المراد توزيعه على مجموع الديون و ضرب الحاصل في مقدار كل دين.

قد سعى المشرع لحماية وضعية الدائن العادي بحق الضمان العام و خصص لهذا الغرض عدّة وسائل حماية و خاصة منها الدعاوى التي بإمكان الدائن القيام بها لضمان حدّ أدنى لنجاعة الضمان العام.

وسائل حماية حق الضمان العام:

لم يترك المشرع الدائن تحت رحمة المدين، الذي قد تنقصه الأمانة، فيعتمد إلى التصرف في أمواله بما يخرجها من ضمان دائنيه، أو عقد ديون جديدة لإضعاف ضمان هؤلاء أو قد يكون مهملا فيقصر في استيفاء ما له من حقوق لدى غيرهم على نحو يضرّ بدائنيه فوضع بتصرف الدائن بعض الوسائل السابقة و اللاحقة لحلّول أجل الدين بهدف المحافظة على الضمان العام.

الوسائل السابقة لحلّول أجل الدين:

هي الوسائل التي يلجأ إليها الدائن لحماية حقه من السقوط أو لتقوية ضمانه كطلب الكفالة أو أي وجه من وجوه التأمين أو لمنع المدين من القيام بأي عمل قانوني أو مادي لتهديب أمواله و إخراجها من ضمان الدائنين كتوقيع الحجز الاحتياطي و وضع الأختام و حبس الأثاث و سائر المنقولات الموجودة في المأجور. و يحق للدائن أن يياشر الوسائل الاحتياطية كلما وجد من الأسباب الصحيحة ما يحمله على الشك في المدين أو على الخوف من إفلاسه أو من هربه و لو كان حقه مقترنا بأجل أو معلقا على شرط.

(1).حسين عبد اللطيف حمدان: التأمينات العينية دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن و التامين و الامتياز، مرجع سابق

الوسائل اللاحقة لحلّول أجل الدين:

هي الوسائل القانونية التي تمهد سب التنفيذ فهي أقوى من الوسائل الاحتياطية لأنها ليست مقصورة على مجرد التحفظ على أموال المدين للحول دون خروجها من الضمان العام و اضعف من الوسائل التنفيذية لأنها لا تؤدي مباشرة لاستيفاء حق الدائن و تهدف هذه الوسائل إلى المحافظة على الضمان العام و حمايته من إهمال المدين أو غشه لكي لا يتعرض حق الدائن إلى الضياع أو الانتقاص.

عليه، سنتناول أولاً الدعوى البوليانئية و هي الدعوى التي تخوّل لصاحبها الطعن في تصرفات المدين المضرة بحقوق الدائنين إذ نص الفصل 306 فقرة أولى على أنه ”يجوز للدائنين أن يطعنوا في حق أنفسهم في الحقوق التي تتممها مدينهم في انه تتممها لإضرارهم في حقوقهم تغييراً و تدليساً لكن دون أن تقع مخالفة الأحكام المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالميراث“. و تتمكّن هذه الوسيلة من الطعن في تصرفات المدين التي تؤدي إلى الإضرار الفعلي بالذمة المالية. و ترمي هذه الدعوى إلى التصريح بعدم نفاذ تلك التصرفات في حق الدائن رافع الدعوى و لكن التصرف يعتبر صحيحاً و قائماً و منتجاً لآثاره بالنسبة للمدين، و باقي الدائنين الذين لم يشاركوا في الدعوى . على هذا الأساس يجوز للدائن رافع الدعوى أن يعتبر الشيء موضوع التصرف مازال في ذمة مدينه، و يمكن بالتالي التنفيذ عليه و استخلاص دينه منه.

ثانياً، نجد الدعوى غير المباشرة أو دعوى الحلول و هي تسمح للدائن بممارسة حقوق المدين على الغير أو المطالبة بها استناداً على الفصول 306 فقرة 2 و 307 و 308 من م.ج.ع و هي تسمح للدائن بالقيام على مدينه و مطالبته بالوفاء له بالحقوق التي تقاعس مدينه عن المطالبة بها سواء عمداً أو إهمالاً منه. و تؤدي هذه الدعوى النتيجة الفردية للدائن القائم بها إذ ينتفع وحده بالمال الذي يطالب بالوفاء به حيث يستأثر الدائن المباشر للدعوى وحده بحصيلتها. كذلك فسنتناول دعوى الإعلان عن الصورية. حيث تقوم الصورية عموماً إذا إتفق شخصان في عقدين مختلفين أحدهما ظاهر، و الآخر خفي، على إلغاء أو تعديل أحكام العقد الصوري بأحكام العقد السري فهي إذن نتاج التقاء إرادتين على التظاهر بما يخالف الواقع و بصفة خاصة فهي الوضعية التي يلجأ فيها المدين إلى التصرف في أمواله تصرفات وهمية ثم يبطلها باتفاق سري قاصداً إخراجها من ضمان دائنيه. و يمكن إثارة دعوى الصورية استناداً على الفصل 26 م.ج.ع لإثبات صورية التصرفات التي قام بها المدين من أي شخص تضررت مصالحه بسبب احد العقدين.

عليه يجب على دائن المتصرف الصوري أن يثبت العقد السري الذي يكشف عن الإرادة الحقيقية للأطراف فإذا نجح في ذلك يقع التصريح قضائياً باعتبار انتفاء وجود العقد الظاهر و إبقاء المكاسب المتصرف فيها تحت لواء الضمان العام.

استناداً لما سبق يمكن اعتبار وسائل حماية حق الضمان العام وسائل قانونية تسعى

إلى الإبقاء على ذمة المدين الذي يعمد في بعض الأحيان إلى انقضائها أو إيهام الدائنين بإفراغها ولكن تبقى هذه الوسائل غير كافية لحماية الدائن مما يشكك في نجاعة حق الضمان العام.

نجاعة حق الضمان العام محدودة.

أجمع الفقهاء على أن حماية الضمان العام لحقوق الدائنين هي حماية ضعيفة و نسبية حتى أن بعضهم اعتبرها من قبيل الحماية الوهمية و لذلك سنتناول في هذا الجزء دراسة نسبية فكرة المساواة (أ) ثم صعوبة الرجوع على المدين (ب).

نسبية فكرة المساواة.

إذا كان المدين التاجر يخضع لنظام الإفلاس الذي يحقق فائدة مؤكدة للدائنين و ذلك عن طريق التصفية الجماعية لأمواله فان نظام الإعسار المدني لا يحقق هذا الهدف للدائن قبل مدينه المعسر حيث يعجز نظام التنفيذ الفردي عن تحقيق المساواة الفعلية بين الدائنين. فالمدين المعسر لا ترفع يده عن ماله بل يبقى قائما على إدارتها، و لا يجتمع الدائنين في اتحاد كما يجري الأمر في الإفلاس. فيبقى دائنو المدين المعسر كل منهم مستقلا عن الآخر ولا تتخذ إجراءات جماعية للتنفيذ بل يقوم كل دائن على مصلحته بنفسه، يتخذ باسمه خاصة من الإجراءات الفردية ما يسمح به القانون. فلكل دائن أن يحجز على أموال المدين ما كان موجودا منها قبل الإعسار و ما استجد بعده. و لكل دائن أن يبادر قبل غيره إلى استيفاء حقه من أموال المدين فإذا لم يتمكن الدائنون الآخرون من اللحاق به و مزاحمته عند التوزيع، فقد يستوفي حقه كاملا دونهم. فالمساواة بين الدائنين هي مساواة قانونية لا فعلية. و القانون يعتبر الدائنين متساوين جميعا و لكنه لا يمنع احدهم من اتخاذ إجراءات فردية يسبق بها الآخرين.

و يطبق مبدأ المساواة إذا تعلق الأمر بتتبع نفس المال من طرف مجموعة من الدائنين فيقع توزيع الأموال بينهم على أساس قاعدة المحاصصة دون أن يكون لأحدهم حق التقدم على الآخر. كما أن الدائنين لن يتمكنوا من استخلاص ديونهم بالكامل حيث ترتبط نسبة خلاصهم بأهمية عدد الدائنين و أهمية قيمة الديون المشاركة في عملية توزيع الأموال.

ثم إن الدائن قد يتخلف عن المشاركة في التنفيذ على أموال المدين إما إهمالا منه أو لأنه لم يعلم بإعسار هذا الأخير. و في هذه الحالة قد يضيع عليه حقه لأن أموال المدين أو المتحصل من بيع هذه الأموال يوزع بين الدائنين الذين شاركوا في التنفيذ فقط.

هذا هو الخطر الذي يتعرض له الدائنون و الناتج من قاعدة الضمان العام التي تملئ وجوب المساواة بين جميع الدائنين. فقسمة أموال المدين يجب أن تتم على أساس حصول كل دائن على نسبة معينة من مال المدين تعادل ماله من حق، فإذا لم تكن أموال المدين كافية للوفاء بديونه فان ذلك يؤدي بطبيعة الحال إلى عدم حصول كل دائن على كامل حقه من المدين.

ولذلك لا تحقق قاعدة الضمان العام - نظرا لما تثيره من مخاطر- للدائن أمنا كافيا حيث يتمنى كل دائن الحصول من مدينه على كامل حقه و لا يمكن تحقيق هذا الهدف إلا بتقرير نظم التأمينات⁽¹⁾.

فالمساواة بصورتها المتقدمة قاصرة على الدائنين العاديين و هم الذين لا يتمتعون بضمان خاص كرهن أو امتياز. أما الدائن الذي يتمتع بضمان خاص و الذي يسمى اصطلاحا بالدائن الممتاز فلا يخضع لقاعدة المساواة و إنما يتقدم الدائنين العاديين عند التزاحم.

صعوبة الرجوع على المدين.

الضمان العام لا يرفع يد المدين عن التصرف في أمواله و لا يمنعه من عقد ديون جديدة. والسبب في ذلك يعود إلى أن الضمان العام لا يربط حق الدائن بمال معين من أموال مدينه ولا يزود الدائن بأية سلطة قانونية يستطيع بواسطتها منع المدين من التعامل مع دائن جديد. فالمدين يستطيع أن يتصرف في أمواله بعوض أو بغير عوض كما يستطيع أن يعقد ديونا جديدة دون أن يحل للدائن معه من ذلك بحجة أن هذه التصرفات تنقص من أموال المدين أو تزيد في ديونه فتضعف من ثم فرصة الدائن في استيفاء حقه كاملا.⁽²⁾

إن الوسائل التي تقدم ذكرها بالرغم من أهميتها لا تبدو كافية لتجنيب الدائن مخاطر الضمان العام فضلا على أن في الالتجاء إليها عناء قد لا توازيه الفائدة منها. فالدعوى غير المباشرة تخضع لشروط قد لا تتوفر باستمرار فضلا عن أن الفائدة منها تعود على جميع الدائنين و لا يستأثر بها الدائن رافع الدعوى و قد لا يحصل هذا الدائن إلا على جزء من حقه.

و كذلك الأمر بالنسبة لدعوى الصورية فالدائن الذي يرفع هذه الدعوى لا يستأثر بنتيجتها بل يشاركه في التنفيذ على المال الذي تناوله التصرف الصوري سائر الدائنين باعتبار هذا المال لم يخرج من ذمة المدين و يدخل بالتالي في الضمان العام لدائنيه.

لايختلف الأمر كثيراً بالنسبة للدعوى البوليانية فالدائن الذي يباشر هذه الدعوى وإن كان يستأثر لوحده بالفائدة التي تنتج عنها إلا أن مباشرة هذه الدعوى يتطلب شروطا قد يصعب تحققها و هي كالآتي:

— أن يكون للدائن دين سابق على التصرف القانوني المطعون فيه.

— أن يكون الدين ثابتا دون أن يكون بالضرورة حالا و قابلا للتنفيذ الجبري.

— أن يكون التصرف القانوني للمدين قد ألحق ضررا بحقوق دائنيه أي أنه تصرف مفقر

(1). رمضان محمد ابو السعود/ همام محمد محمود زهران: التأمينات الشخصية و العينية دار المطبوعات الجامعية

الإسكندرية ص 15

(2). حسين عبد اللطيف حمدان: التأمينات العينية دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن و التامين و الامتياز، مرجع سابق

لذمة المدين قد يؤدي إلى إعساره فيجب ثبوت إعسار المدين.
-أن يكون التصرف مقتزنا بالتغيير أو التدليس أي أن يتصرف المدين بسوء نية قصد الإضرار بمصالح الدائنين.

قد اختلف الفقه حول تعريف الغش في الدعوى البوليانية فاشتراط فريق من الفقهاء توفر نية الإضرار بالدائن و ذهب فريق آخر إلى أن مجرد علم المدين بان التصرف الذي ينويه يسبب إعساره و لو لم يقصد بذلك التصرف الإضرار بدائنيه. وعلى الدائن القائم بالدعوى إذن إثبات التحيل بين المدين و المتصرف معه بجميع وسائل الإثبات المتاحة.

و هكذا نتبين أن الوسائل التي اقرها المشرع لحماية الدائنين من مخاطر الضمان العام اشتطت لتأديتها شروطا صعبة و مجحفة مما لم يجعلها ناجحة في تحقيق هذا الغرض و بقي الدائن العادي مهددا بخطر إعسار المدين الذي كثيرا ما يحدث حتى دون إهمال المدين أو غشه. فحتى المدين سيء النية يمكن أن يعتمد إلى تنظيم إعساره وهذا لا يجعل هذه التصرفات قابلة للطعن فيها إلا في حالات خاصة وبشروط يصعب الإلمام بها.

ولهذا كان لا بد من إيجاد تأمينات خاصة تحمي الدائن من خطر إعسار مدينه أو من غشه أو إهماله وتكفل له استيفاء حقه كاملا في جميع الأحوال.

المبحث الرابع:

الإتفاقات المعدلة لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون

تمهيد:

تتضمن الحقوق العينية التبعية، أو التأمينات العينية، تخصيص مال معين يكون مملوكاً للمدين أو لغيره، لغرض استيفاء الدائن حقه من هذا المال سواء بقي في ملكية الراهن أو خرج منها. وقسمت التأمينات العينية من جهة نشوئها الى أنواع متعددة، تأمينات اتفاقية تتمثل بالرهن التأميني والرهن الحيازي وتأمينات قضائية تتمثل بحق الاختصاص، وتأمينات قانونية تتمثل بحق الامتياز.

فزلكة قانونية تمهيدية عن الدائن المرتهن:

يستوفي الدائن المرتهن حقه من ثمن المال المثلقل بالرهن بعد بيعه جبراً على الراهن، سواء كان مديناً أم كفيلاً عينياً. إذ إن غاية التأمين العيني هي إعطاء ضمان خاص لصاحبه عند عدم كفاية الضمان العام لاستيفاء الدين المترتب في ذمة المدين، إذ يخلق التأمين العيني عدم مساواة بين الدائنين، وذلك بإعطاء الأولوية والتتبع لصاحبه⁽¹⁾، وما دمنا أمام استثناء على مبدأ المساواة بين الدائنين، فأن القانون وحده يقرر هذا الاستثناء، فالتأمينات العينية لا تنشأ إلا بنص القانون⁽²⁾. ومع ذلك، يستطيع الدائن المرتهن أن ينفذ على أموال مدينه الحاضرة والمستقبلية التي هي الضمان العام للدائنين شأنه في ذلك شأن سائر الدائنين العاديين من دون مزية التقدم والتتبع. إلا أن القوانين المقارنة، محل بحثنا هذا، قيدت حق الدائن المرتهن في الرجوع الى الضمان العام لعدم كفاية قيمة المرهون لسداد الدين المضمون، إذ نصت المادة 1299 من القانون المدني العراقي على أنه ((للمرتهن أن يستوفي حقه من العقار المرهون رهناً تأمينياً وفقاً للإجراءات المقررة لذلك، وإذا لم يف العقار بحقه فله أن يستوفي ما بقي له كدائن عادي من سائر أموال لمدي))⁽³⁾.

(1) Pierre crocq – propriété garantie– M.Gobert– L.G.D.J – 1995 – no.269(1)

(2) المادة 260 /ف2 من القانون المدني العراقي اذ نصت على (وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان

له حق التقدم طبقاً للقانون)، وتطابقها المادة 234 /ف2 من القانون المدني المصري. والمادة 2285 من القانون المدني

الفرنسي المعدلة بموجب المادة (1) من القانون رقم 346 لسنة 2006، في 2006/3/23 والتي جاء فيها:-

Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix)

s én distribute entre eux par contribution, á moins qui il ny ait entre les

((créanciers des causes légitimes de préférence

أي أن (ممتلكات المدين هي الضمان العام لدائنيه وثمرتها يوزع بينهم بالتساوي ما لم يكن هناك لأحدهم سبب من أسباب التفضيل).

(3) (1) حكم هذه المادة خاص بالرهن التأميني، إلا أنه ينطبق على الرهن الحيازي على وفق المادة (1/1341) منها. أما

على هذا يتقيد حق الدائن المرتهن بأن ينفذ أولاً على الأموال المرهونة المملوكة للمدين وإذا لم تف قيمتها بسداد الدين ينفذ على أموال المدين بمقتضى حق الضمان العام، أما إذا كان الرهن غير المدين أي الكفيل العيني، فلا يمكن التنفيذ إلا على ما رهن من هذه الأموال⁽¹⁾⁽²⁾. يتضح مما تقدم، أن الدائن المرتهن يبدأ بالتنفيذ على المرهون أولاً في أموال الراهن، إلا أن حقه في التنفيذ على المرهون يجب أن يتم على وفق ما حدده القانون الذي سينتهي ببيع المال المرهون في المزاد جبراً على الراهن، لذا فإن القانون لم يسمح لطرفي عقد الرهن، الدائن المرتهن والراهن، بالاتفاق على غير ذلك، فلم يجر اتفاق الطرفين على تملك الدائن المرتهن للمال المرهون عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون، واتفاق بيع المرهون دون أتباع الإجراءات المحددة قانوناً⁽²⁾ فقد حرم القانون هذه الاتفاقات كونها تخالف ما حدده للتنفيذ على المال المرهون وتعديل آثار الرهن المترتبة بعد حلول أجل الدين المضمون، فهذه الإتفاقات المخالفة للقانون شروط تقترن بالعقد أو كما تسمى بشروط التقييد - ويقصد بها على وفق الفقه القانوني (كل

القانون المدني المصري فقد ذكر الأستاذ الدكتور السنهوري بأن المشروع التمهيدي للقانون المدني كان ينص على هذا القيد صراحة في المادة 1459 منه، إلا إن لجنة المراجعة حذف هذا القيد، وذكرت بأن حكمها مستفاد من القواعد العامة التي تقضي بأن للدائن بصفته دائن عادي له حق الضمان العام ولكن لا ينفذ على مال غير مرهون قبل التنفيذ على الأموال المرهونة. الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح == للقانون المدني الجديد، الجزء العاشر والأخير - الطبعة الثالثة الجديدة - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - 2000، ص 416-417. أما القانون المدني الفرنسي فقد قيد حق الدائن المرتهن في التنفيذ على المرهون أولاً بموجب القانون الخاص بإجراءات التنفيذ المدنية رقم 1985/2011 / في 19/12/2011 في المادة 322، ف11 بالنص:

« Le titre de vente n'est délivré à l'adjudicataire que sur justification du paiement des faits taxés ».

أي أن ((ليس للدائن ان يطلب بيع العقارات غير المتعلقة بها الرهن إلا اذا كانت لم تكف الأموال المرهونة لسداد الدين)). (1)(2) فقد جاء في المادة 1300 من القانون المدني العراقي الخاصة بالرهن التأميني ما نصه (إذا كان الراهن في الرهن التأميني غير المدين، فلا يجوز التنفيذ على شيء من ماله الذي لم يخص لضمان حق الدائن، ولا تتجاوز مسؤوليته عن هذا الحق ما رهنه من المال....)) ويطبق هذا الحكم على الرهن الحيازي بموجب المادة 1341/2... أما القانون المدني المصري فجاء بهذه الأحكام المتعلقة بالرهن الرسمي (التأميني) في المادة 1050، ويطبق حكمها على الرهن الحيازي بموجب المادة 1108 منه.

(1)(2) منع القانون هذه الاتفاقات، في المادة 1301 من القانون المدني العراقي والمادة 1052 من القانون المدني المصري والمادتين 2346، 2348 من القانون المدني الفرنسي، وهذه المواد هي محل دراستنا التي سنأتي الى البحث فيها من خلال فقرات البحث.

شترطه الطرفان المتعاقدان لتحديد علاقاتهما وتعيين التزاماتهما وحقوقهما الناشئة عنها⁽¹⁾، ويذكر أحد الفقهاء بصدد المقصود بالشرط التقييدي ((بأن ما نقصده بشروط التقييد تلك الشروط التي يدرجها المتعاقدون في اتفاقهم وتصرفاتهم القانونية والتي يكون الهدف منها تحديد مضمون التصرف وتقييده على وجه دون آخر لذلك تأخذ هذه الشروط شكل بنود التعاقد، وتتمثل في أعباء معينة أو التزامات محددة تفرض على أحد طرفي التصرف أو على كليهما))⁽²⁾ بمعنى آخر هو التزام بأمر مستقبل ممكن مشروط يضيفه المتعاقدان الى العقد المبرم بينهما، بحيث يتقيد به أثر العقدتغيراً أو تعديلاً أو إضافة⁽³⁾، وعلى وفق ذلك يكون الالتزام بموجب هذه الاتفاقات شرطاً تقييدياً لا بد أن تتوافر فيه مقومات عديدة، منها أن يكون الالتزام في الشرط التقييدي بأمر مستقبل، ولا يعني بأننا بصدد أمر محتمل الوقوع، بل إننا بصدد التزام يتحتم على المدين الوفاء به وإلا كان مسؤولاً عن إخلاله بالالتزام، وهذا اختلاف واضح بين هذا الشرط و شرط التعليق⁽⁴⁾، من جهة أخرى من مقومات شرط التقييد هو أن يكون الالتزام ممكن القيام به غير مستحيل، ومشروعاً. حيث إن هذا الشرط يقيد أثر العقد، وقد يكون هذا التقييد بالتغيير أو بالتعديل أو بالإضافة⁽⁵⁾، والذي يهمننا هو النوع الثاني، أي التقييد بالتعديل لان الاتفاق بين الدائن المرتهن والراهن الذي يخالف مارسه القانون للتنفيذ على المال المرهون، يعد تقييداً بالتعديل في آثار عقد التأمين العيني الاتفاقي التي حددها القانون، وهذا التعديل لم يجزه القانون وجعله مخالفاً للنظام العام، إلا أنه قد أجازته في حالات تشريعية محددة على سبيل الحصر، كما سنرى ذلك لاحقاً.

- (1)(2) صبحي المحمصاني - محاضرات في القانون المدني الجديد - الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام - مطبعة نهضة مصر - 1958 - ص 60، د. عبد المعتم البدرابي - النظرية العامة للالتزامات - دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري - الجزء الثاني - دار النهضة العربية للطباعة والنشر - ص 254.
- (2) (3) إبراهيم الدسوقي أبو الليل - البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية - دراسة تحليلية تطبيقية لنظرية الانقاص - مطبوعات جامعة الكويت - 1988 - ص 123.
- (3)4. بهذا المعنى : - د. محمد سلام مذكور - المدخل للفقهاء الإسلامي - الطبعة الأولى - القاهرة - دار النهضة العربية - 1960 - ص 655.
- (4). يقصد بشرط التعليق ((أمر مستقبل غير محقق الوقوع ممكن يعلق عليه نشوء الالتزام أو زواله)). الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا- المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية - الجزء الأول - الطبعة الثالثة - مطبعة الجامعة السورية - 1952 - ص 526.
- (5) . المواد 536، 259، 541، 557، 556 من القانون المدني العراقي - فهنا تظهر شروط التقييد في صورة عيب أو تكليف يقع على عاتق احد المتعاقدين أو كلاهما، فالعقد المقترن بها تقوم بدونها مستوف لجميع عناصره الجوهرية إلا أن تأثيرها يتحدد بآثار العقد، فهذه الشروط تختلف عن شروط التعليق في إن إقترانها بالعقد لا يجعل العقد موصوفاً أو معلقاً. د. إبراهيم الدسوقي - مصدر سابق - ص 123.

على الرغم من أن وصف الفقه هذه الاتفاقات كونها شروطاً تقييدية، وأنها شروط يقترن بها عقد الرهن، إلا أننا اعتمدنا المصطلح التشريعي الذي حدده المشرع في النصوص القانونية المنظمة لهذه الاتفاقات إذ إنه دائماً يشير إلى كونها (اتفاقات). فقد جاء في القانون المدني العراقي في المادة 1301 (...يقع باطلاً كل اتفاق... حتى لو كان هذا الاتفاق قد أبرم...)⁽¹⁾، وأشار القانون المدني المصري إلى ذلك، في المادة 1052/ف1 منه، إذ جاء فيها ((يقع باطلاً كل اتفاق... لو كان هذا الاتفاق قد إبرم...))⁽²⁾. وكذلك القانون المدني الفرنسي في المادة 1348 منه استخدم مصطلح (Convenu) أي ((يتفق)) ومن ثم، فإنه يمكن القول بأن الاتفاقات المعدلة لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون، هي الاتفاقات التي تبرم بين طرفي عقد الرهن، ولم يجزها القانون لأنها تعدل من آثار العقد المحددة قانوناً المتعلقة بالتنفيذ على المال المرهون، وحددها القانون بالاتفاق على تملك المرهون عند عدم وفاء الدين المضمون أو الاتفاق على بيع المرهون من دون إتباع الإجراءات.

الإتفاق على تملك الدائن المرتهن للمرهون عند عدم الوفاء:

الإتفاق بين الدائن المرتهن والراهن في عقد الرهن التأميني أو الحيازي ، على أن يملك الدائن المرتهن المال المرهون عند عدم وفاء المدين بالتزامه المضمون بالرهن، ويعد ذلك اتفاقاً يتضمن تغييراً بتعديل الآثار التي يرتبها عقد الرهن بالنسبة للدائن المرتهن تلك الآثار التي تتعلق بحق الأخير في التنفيذ على المال المرهون ومن ثم يعدل ما حدده القانون بشأن ذلك. ولكن قد تكون هناك علاقة بين بيع الوفاء في القوانين المختلفة وهذا الاتفاق، لذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص الأول منهما لدراسة أحكام الإتفاق على تملك المرهون عند عدم الوفاء، وندرس في المطلب الثاني العلاقة بين بيع الوفاء والاتفاق على تملك المرهون.

أولاً، أحكام الإتفاق على تملك المرهون عند عدم الوفاء:

قد يتضمن عقد الرهن ذاته، أو يلحق به إتفاق بين الدائن المرتهن والراهن على أن يتملك الأول المال المرهون عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون عند حلول أجله بثمن يحدده الطرفان، ويقبل الراهن الإتفاق لحاجة المدين الملحة إلى هذا المال، خاصة إذا كان هو المدين نفسه، وفي أغلب الحالات لا يتناسب الثمن المتفق عليه مع قيمة المال المرهون الحقيقية ومن ثم يستغل الدائن المرتهن حاجة الراهن، لهذه المسوغات وغيرها، جعل المشرع هذا الإتفاق باطلاً. ولكن ما هو تأثير هذا البطلان على عقد الرهن المقترن به الإتفاق. وللإجابة على ذلك سنقسم هذا

(1). بينما استخدم المشرع العراقي في قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984 المعدل - مصطلحي ((الشرط)) و ((الاتفاق)) إذا جاء فيه في المادة 196 منه ((يبطل كل شرط في عقد الرهن أو كل إتفاق بعد انعقاده...)).

(2). وكذلك استخدم المشرع المصري مصطلح (الاتفاق) في قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999 في المادة 129 منه إذا جاء فيها ((يكون باطلاً كل اتفاق يبرم وقت تقرير الرهن أو بعد تقريره...)).

المطلب الى فرعين , في الأول ندرس بطلان الاتفاق على تملك المرهون عند عدم الوفاء ونخصص الفرع الثاني لدراسة اثر بطلان الاتفاق على عقد الرهن.

ثانياً ، بطلان الاتفاق على تملك المرهون عند عدم الوفاء:

تُعدُّ التأمينات العينية ومنها الإتفاقية، ضماناً فعّالاً لإستحصال الدين المرتب في ذمة المدين من قيمة المال المرهون، مادام الأخير لم يهلك , لذا لم يسمح المشرع للدائن المرتهن التخلّص مما تفرضه الإجراءات القانونية للتنفيذ على المال المرهون، التي توجب بيع المرهون في المزاد العلني واستيفاء المرتهن حقه من ثمن المرهون. بعبارة أخرى ، لم يجز القانون للمرتهن أن يغير آثار الرهن بالنسبة للدائن المرتهن أي لم يجز تعديل حقه في التنفيذ على المال المرهون. فقد تدخل المشرع العراقي في المادة (1301) من القانون المدني لتحديد الطريق الواجب سلوكه عند التنفيذ على المرهون من قبل المرتهن، إذ نصت على أن ((لا يخلق الرهن، فيقع باطلاً كل اتفاق يجعل للمرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون رهنًا تأمينياً بالدين، أو بأي ثمن كان...حتى لو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن))⁽¹⁾. وكذلك جاء الحكم ذاته في قانون التجارة العراقي النافذ في المادة 196 منه , إذ نصت على أن ((يبطل كل شرط في عقد الرهن أو كل اتفاق بعد إنعقاده يعطي الدائن المرتهن في حالة عدم استيفاء الدين عند حلول أجله الحق في تملك المرهون...))⁽²⁾.

ويشير الفقه⁽³⁾، إلى إن الحكمة من بطلان هذا الاتفاق هي حماية طرفي عقد الرهن،

(1). وهذه الأحكام المتعلقة بمنع تملك المرتهن للعقار المرهون الخاصة بالرهن التأميني، تتبع في نطاق الرهن الحيازي كذلك، بموجب المادة 2/1341 من هذا القانون. أما القانون المدني المصري فقد تضمن نصاً يشير الى عدم جواز الاتفاق على تملك المرهون عند عدم الوفاء في الرهن التأميني في المادة 1052 منه حيث جاء فيها ((يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في ان يملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أياً كان...، ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن)) وتسري هذه الأحكام على رهن الحيازة بموجب المادة 1108 من هذا القانون.

(2). وتقابلها في القانون التجارة المصري المادة 129 منه حيث جاء فيه ((يكون باطلاً كل اتفاق يبرم وقت تقرير الرهن أو بعد تقريره يعطي الدائن المرتهن في حالة عدم استيفاء الدين عند حلول أجله الحق في تملك الشيء المرهون...)) وقد أشير سابقاً إلى هذين القانونين.. ص 7 هامش (2, 3) من البحث.

(3). عبد الرزاق السنهوري - مصدر سابق - ص422. د. سليمان مرقس- التأمينات العينية - بدون مكان طبع -1959- ص434. الأستاذ محمد طه البشير - د. غني حسون طه - الحقوق العينية - الجزء الثاني- وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - جامعة بغداد- 1982 -ص429. د. سمير عبد السيد تناغو - التأمينات العينية الاسكندرية -2000 - ص123. د. محمد كامل مرسى - الحقوق العينية أو التأمينات العينية - القاهرة-1951 ص136.

وبالأخص حماية الراهن، إذ قد يلجأ الدائن المرتهن إلى تضمين عقد الرهن هذا الاتفاق حتى يستغل موقف الراهن الذي يكون ضعيفاً عادة ففي أكثر الحالات يفرض الدائن المرتهن على الراهن هذا الاتفاق للقبول بإبرام عقد الرهن، وكثيراً ما يعتقد الراهن بأن الدين سيُوفى عند حلول أجله مستخفاً بالظروف ويتفق على جعل الثمن هو الدين المستحق ذاته، أو إذا كانت قيمة المرهون تزيد كثيراً عن هذا الدين، يجعل الثمن أكبر من الدين المستحق (المضمون) ولكنه لا يصل عادة إلى قيمة المال المرهون ومن ثم يكون ليس لمصلحة الراهن. وعليه، فإن المشرع أراد حماية الراهن من هذا الاستغلال المخالف للنظام العام فذكر أن هذا الاتفاق باطلاً أيضاً كان الثمن الذي اتفق عليه، بل يكون الاتفاق باطلاً إذا كان يقضي بأن يتملك المرتهن عيناً أخرى مملوكة للراهن عند عدم وفاء المدين بدينه المضمون. وكذلك يبطل كل اتفاق بين طرفي العقد يؤدي إلى تحقيق المقصود من الاتفاق على تملك المرهون، ومن ثم يبطل الاتفاق الذي بمقتضاه يستولي المرتهن على جميع الثمن المتحصل من بيع المرهون دون مراعاة لقيمة الدين. من جهة أخرى، قد يتقرر بطلان هذا الاتفاق ولكن لمصلحة الدائن المرتهن، كما لو تم عند إبرام عقد الرهن على تملك المرتهن للمال المرهون وتم تحديد ثمن هذا المال، ولكن عند حلول أجل الدين وعدم وفاء المدين بدينه المضمون نزلت قيمة المرهون بكثير وخاصة إذا كان عقاراً. لهذه الأسباب لم يجز القانون المدني العراقي والمصري الاتفاق على تملك المال المرهون من قبل الدائن المرتهن عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون، وعد هذا الاتفاق باطلاً.

وللأسباب السابقة، ذهب الفقه الفرنسي إلى بطلان الاتفاق على تملك الدائن المرتهن بوصفه مخالفاً للنظام العام، فأى اتفاق بين طرفي عقد الرهن يتملك بموجبه الدائن المرتهن المال المرهون يعد باطلاً استناداً لأحكام المادة 2078/ف2 من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾، إلا أن المشرع الفرنسي قد ألغى نص المادة المذكورة بموجب المادة (11) من القانون رقم 346 في 2006/3/23 وأحل محلها المادة 2348 بفقراتها الثلاث التي نظمت الاتفاق على تملك المرهون. إذ جاء في—ها ((يمكن الأتفاق عند إبرام عقد الرهن أو لاحقاً، عند تنفيذ الالتزام المضمون، يصبح الدائن المرتهن مالكاً للمال المرهون. وتحدد قيمة المرهون يوم نقل الملكية، من قبل خبير تختاره المحكمة أو الاتفاق، فيما عدا إذا كان هناك سعر رسمي للمال المرهون حسب وثائق رسمية في ضوء ما مستقر عليه في القواعد المالية والنقدية، وأي اتفاق يخالف ما تقدم، يعد كأن لم يكن، وعندما تتجاوز قيمة المال

(1) **J. Mestre, E. Putman et M. Billiau – Traité de droit civil – Droit spécial des sûretés réelles – J. Ghestiaïn – L. G. D. J. – 1980 – no, 860.**

وقد جاء في المادة 2078، الفقرة الثانية والتي أُلغيت بكافة فقراتها كما ذكرنا أعلاه مايلي:-

Toute clause qui autoriserait le créancier a s appropriere le gage ou à en) ((disposer sans les Formalités ci-dessus st nulle

المرهون مبلغ الدين المضمون، فأن الفرق يعود للمدين إذا لم يكن هناك دائنين مرتين آخرين يستطيعون حجزه))⁽¹⁾

يتضح من هذا النص، أن المشرع الفرنسي قد أجاز الاتفاق على تملك الدائن المرتهن للمال المرهون تأمينياً أم حيازياً، سواء أبرم هذا الإتفاق عند تكوين عقد الرهن أم لاحقاً، ولكن بشرط أن يحدد ثمن المال وفقاً للفقرة الثانية من المادة 2348، أي من قبل خبير قضائي أو خبير يختاره الطرفان إذا لم يكن ثمن المال المرهون عقاراً كان أم منقولاً - محددًا حسب الوثائق الرسمية. هذا يعني أن الاتفاق على تملك المرهون من قبل الدائن المرتهن وبثمن يتفق عليه طرفاً عقد الرهن، سواء أكبر من الدين المضمون أو أقل منه، يعد كأن لم يكن حسب ما جاء في هذه المادة. فالمشرع الفرنسي، على وفق هذا التعديل أراد الحفاظ على عقد الرهن عندما قرر عدم بطلان عقد الرهن بصورة مطلقة، عند اقتارنه باتفاق تملك الدائن المرتهن المال المرهون عند عدم تنفيذ الالتزام المضمون. إذ قرر القانون بطلان هذا الاتفاق إذا لم تتحقق الضمانات التي حددها في هذه المادة وعد هذا الاتفاق صحيحاً إذا التزم الطرفان بهذه الضمانات لأنها تحقق حماية الراهن وعدم استغلاله من قبل الدائن المرتهن. فالمشرع اشترط عدم تحديد ثمن المرهون من قبل طرفي عقد الرهن، بل يحدد على وفق الضمانات التي حددها التي توفر حماية الراهن، فإذا تحققت هذه الضمانات تحقق عدم استغلال الراهن وفي الوقت ذاته يبقى عقد الرهن صحيحاً. بعبارة أخرى أن المشرع الفرنسي لم يجعل الاتفاق على تملك المرهون باطلاً في جميع الحالات وبصورة مطلقة كما كان سابقاً قبل 2006/3/23، وفقاً للمادة 2078 الملغية، وإنما جعل هذا الاتفاق على وفق التعديل الصادر بموجب المادة 2348 باطلاً وكأن لم يكن في حال عدم التقيد بالضمانات التي حددها المشرع التي تجنب استغلال الراهن، وعليه يكون باطلاً الإتفاق على تملك المرهون مقابل ثمن يتفق

(1). L'article 2348 code civil: ((Il peut être convenu lors la constitution du gage ou postérieurement, qu'a défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé.

La valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné a l'amiable ou judiciairement, á défaut de cotation officielle du bien sur un marché organize au sens du code monétaire et financier. Toute clause contraire est réputée non écrite.

Lorsque cette valeur exceed le montant de la dette garantie, la somme égale á la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée

((. نقلاً عن الموقع الإلكتروني

www.legifrance. Gouv. Fr/affich code Article.do.

عليه طرفاً عقد الرهن عند إبرام عقد الرهن، أو بثمن مساو للدين المضمون، أو الاتفاق على ثمن يقدر خلافاً لما نص عليه هذا التعديل⁽¹⁾. إذ تعد هذه الاتفاقات باطلة وكأن لم تكن لأنها جاءت مخالفة للآثار التي رتبها القانون على عقد الرهن، ومعدلة لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون، عندها يُبطل هذا الاتفاق.

وفي أكثر الحالات، يتم الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون عند تكوين عقد الرهن، ولكن في بعض الحالات يمكن أن يكون الاتفاق على تملك المرهون بعد تكوين عقد الرهن، أي في وقت لاحق على إبرام عقد الرهن، ووفقاً للقانونين العراقي والمصري يُعد الاتفاق اللاحق كالاتفاق المعاصر لعقد الرهن باطلاً⁽²⁾. أما في القانون المدني الفرنسي، فإنه قبل صدور القانون 346 لسنة 2006 لا يوجد نص صريح يشير إلى مصير هذا الاتفاق، وعليه فإن بعض الفقهاء الفرنسيين تصدوا لذلك، وذكروا بأنه لا يوجد تمييز من جهة آثار وجود هذا الاتفاق على الفترة التي يشترط فيها إستناداً إلى مبدأ حرية التعاقد، إذ يعد الاتفاق على تملك المرهون باطلاً في أي وقت تم فيه الاتفاق سواء وقت إبرام عقد الرهن أو في وقت لاحق على ذلك، فالضغط يبقى على المدين مادام لم يقم بوفاء الدين المضمون⁽³⁾. في حين ذهب قسم آخر منهم إلى أن بطلان الاتفاق يجب أن يكون بنص صريح، ما لم يوجد نص يقيد حرية المتعاقدين في الاتفاق بعد إبرام عقد الرهن، فلا يوجد ما يمنع من الاتفاق على تملك المرهون بعد انعقاد الرهن. والاتجاه الأخير أخذت به محكمة النقض الفرنسية في قرارات عديدة، إذ حكمت بصحة الاتفاق اللاحق على إبرام العقد مسوغة رأيها هذا، بأن الراهن بعد تكوين عقد الرهن هو أكثر حرية مما كان عليه عند إبرام عقد الرهن ومن ثم لا يكون تحت ضغط المرتهن واستغلاله لأن عقد الرهن قد انعقد، لذا لا يوجد مسوغ لتقييد حق الدائن المرتهن في التنفيذ على المرهون والحصول على حقه⁽⁴⁾. أما بعد صدور قانون الضمان برقم

(1). وأكد المشرع الفرنسي على بطلان الاتفاق على تملك المرهون وفقاً للمادة 2348 في قانون خاص هو تعديل قانون الاستهلاك الصادر بالقانون رقم 2010/737 في 2010/7/1 وذلك في المادة 311 فقرة (23) وفقرة (32)، حيث جاء في هاتين الفقرتين وبصيغة واحدة، عدت فيها هذا الاتفاق باطلاً وكأنه غير مكتوب بموجب المادة 2348 في القانون المدني الفرنسي: ((du pacte comissoire prévu á l' article 2348 qui est répute non écrite...))

نقلًا عن الموقع الإلكتروني: www.legifrance.gouv.fr/affich_code Article.do

(2). المادة (1301) من القانون المدني العراقي التي تضمنت هذه الأحكام، وتطابقها المادة 1/1052 من القانون المدني المصري.

(3). Plaiol , Ripert et Becque –ouvr. Préc– no.121.

G.Marty, P.Raynaud et ph.Jestaz– les sûretés, la publicité foncière– 2' édition– sirey– 1987.no.102.

(4). Cass.civ, 17, nov, 1959, cass.civ.20 juin, 1983 alloz, 1989, p.175

346 في 2006/3/23 فإن الأمر تغير إذ أجازت المادة 2348 صراحة الاتفاق على تملك المرهون عند عدم الوفاء سواء تم الإتفاق في عقد الرهن أم في وقت لاحق بعد إبرامه بشرط توافر الضمانات التشريعية⁽¹⁾. أما عند عدم التقييد بهذه الضمانات، فإن الاتفاق على تملك المرهون يعد باطلاً وكأن لم يكن سواء اتفق عليه في عقد الرهن أم بعد إبرامه.

تبين لنا في الفقرة السابقة، أن الإتفاق على تملك المرهون يعد باطلاً سواء تم الاتفاق عند إبرام العقد أم بعد إبرامه، في جميع القوانين محل المقارنة، ولكن الى أي وقت بعد إبرام عقد الرهن يستمر مصير هذا الاتفاق هو البطلان؟ القانون المدني المصري حدد حكم هذه المسألة صراحة في المادة 1052 الفقرة الثانية منها، إذ حدد الوقت الذي يمتد اليه البطلان وهو لغاية حلول أجل الدين المضمون أو جزء منه⁽²⁾. وعليه يصح الاتفاق بين الدائن المرتهن والراهن، على تملك المرتهن المال المرهون بمقابل الدين أو أكثر منه أو أقل منه إذا أبرم هذا الإتفاق بعد حلول أجل الدين أو حلول قسط منه، فالراهن لا يكون في هذا الوقت تحت ضغط الحاجة؛ لأن الدين قد أستحقه ويستطيع أن يمتنع عن الاتفاق مع الدائن المرتهن ويطلب بيع المرهون طبقاً للإجراءات القانونية التي تنتهي ببيع المال في المزاد العلني⁽³⁾. أما القانون المدني العراقي فلم يتضمن نصاً مماثلاً لما جاء في الفقرة الثانية من المادة (1052) من القانون المدني المصري، أي لا يوجد نص يبين حكم الاتفاق الحاصل بعد حلول أجل الدين المضمون كله أو قسط منه، لكننا نعتقد بأنه يمكن الأخذ بما جاء به القانون المدني المصري، فهذه الأحكام لا تتعارض مع المادة (1301) من القانون المدني العراقي التي نصت على بطلان الاتفاق الحاصل بعد إبرام عقد الرهن وذلك للأسباب التي ذكرها الفقهاء والتي اشرنا إليها في أعلاه، فضلاً عن إن الإتجاه القضائي المقارن يرى صحة الاتفاق الحاصل بعد حلول اجل الدين كله أو قسط منه⁽⁴⁾.

J.Mestre, E.Putman et M.Billiau- ouvr. Préc- no, 861 نقلاً

(1). L.'article 2348 (Il peut être convenu, lars de la constitution du gage ou post'erieurement.(...

(2). إذ جاء فيها (ولكن يجوز، بعد حلول الدين أو حلول قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاءً لدينه) ويسري هذا الحكم على الرهن الحيازي على وفق نص المادة 1108 من القانون المدني المصري التي جاء فيها (يسري على رهن الحيازة... وأحكام المادة 1052 المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء وشروط البيع دون إجراءات).

(3). د. عبد الرزاق السنهوري - مصدر سابق - ص 423-424 - د. سمير عبد السيد تناغو - مصدر سابق - ص 124. د. احمد سلامة - التأمينات المدنية- دار التعاون للطباعة - مصر، 1966- ص 180.

(4). القرارات القضائية الفرنسية المشار إليها في هامش رقم في ص 13- هامش رقم(4) من البحث. وكذلك قرار محكمة النقض المصرية الذي يؤيد هذا الإتجاه القضائي إذ جاء فيه ((ان اتفاق الراهن مع الدائن المرتهن على تملك هذا الأخير

نستنتج مما تقدم، أن القانون المدني الفرنسي يختلف عن القانون المدني العراقي والمصري في تقرير بطلان الاتفاق على تملك المرهون، فالأول لا يجعل البطلان مصيراً لهذا الاتفاق في جميع الحالات، حيث قلل من حالات البطلان وقصرها على الحالات التي لم تتوافر فيها الضمانات الكافية التي يتحدد على أساسها ثمن المال المرهون. بينما القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري وكذلك قوانين التجارة في العراق ومصر، جعلت الاتفاق على تملك المرهون عند عدم الوفاء باطلاً في كل الحالات وبصورة مطلقة، إذ يعد هذا الاتفاق معدلاً لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون لذا يكون مصيره البطلان في جميع الحالات. وقد يؤثر هذا البطلان على عقد الرهن المقترن به فيؤدي الى بطلان العقد أيضاً، وقد يقتصر البطلان على الإتفاق فقط دون أن يمتد الى العقد. وهذا ما سيتم البحث فيه في الفرع التالي.

ثالثاً، أثر بطلان الإتفاق على عقد الرهن:

يختلف أثر بطلان الإتفاق على تملك الدائن المرتهن المال المرهون على عقد الرهن المقترن به بحسب الفقه القانوني في القوانين المقارنة. فعلى وفق القانونين العراقي والمصري، هناك رأيان فقهيان في هذا الصدد يذهب الأول منهما⁽¹⁾، إلى أن بطلان الاتفاق يمكن أن يؤدي الى بطلان عقد الرهن المقترن به إذا كان هذا الاتفاق هو الباعث الدافع لإبرام عقد الرهن، إذ وفقاً للقواعد العامة في هذين القانونين، يكون الاتفاق الباطل غير مؤثر في عقد الرهن المقترن به إذا لم يكن هو الباعث الدافع لإبرام عقد الرهن، إذ يبقى عقد الرهن صحيحاً ويلغى الاتفاق الباطل لوحده، في حين إذا كان هذا الاتفاق هو الباعث الدافع لإبرام عقد الرهن، فعندها يبطل العقد والاتفاق

العقار المرهون إذا لم يتم الوفاء بالدين يقع باطلاً متى أبرم هذا الاتفاق وقت إنشاء الرهن أو قبل حلول أجل الدين، أما بعد حلول الدين أوقسط منه فانه يجوز للراهن أن ينزل للدائن عن العقار المرهون ويكون هذا التصرف بيعاً صحيحاً سواء كان الثمن هو ذات الدين أو ما يزيد أو يقل عنه)) نقض 1982/4/15 طعن 1344/س 48 ق. نقلاً عن المستشار أنور طلبية - المطول في شرح القانون المدني - الجزء 14 - ط 1 - الإسكندرية - 2004 - ص 450.

(1). عبد الرزاق السنهوري- مصدر سابق- ص 425. د. صالح ناصر العتيبي - فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية- دراسة مقارنة- الطبعة الأولى- 2001- ص 132-134. د. اسماعيل غانم- مصادر الالتزام- مكتبة عبد الله هبه - القاهرة - 1966- ص 296. المستشار أنور طلبية- مصدر سابق- ص 449.

المقترن به معاً⁽¹⁾. ولكننا لا نتفق مع الرأي المتقدم ونؤيد الرأي الثاني⁽²⁾، الذي يذهب الى إمكانية المحافظة على عقد الرهن من الانهيار مادام بقاءه لا يتعارض مع ما يبغى المشرع تحقيقه بل يتفق مع تلك الأهداف وذلك باستبعاد الجزء الباطل، أي الاتفاق على تملك المرهون، استبعاداً وجوبياً لأن هذا الاتفاق مخالف للنظام العام، عندها يبقى عقد الرهن صحيحاً مرتباً لآثاره ويؤدي الى تحقيق غاية المشرع من وراء بطلان الاتفاق، إذ إن الاستبعاد الوجوبي للجزء الباطل بحكم القانون يُنقذ عقد الرهن من البطلان المحتمل ويجعله موافقاً للنظام العام⁽³⁾. في حين الإعتداد بالمعيار القسدي وإرادة الدائن المرتهن على وفق الرأي الأول، قد يؤدي الى بطلان عقد الرهن كلياً إذا كان هذا الاتفاق هو الباعث الدافع لإنعقاد الرهن.

أما تأثير بطلان اتفاق تملك المرتهن للمرهون على عقد الرهن المقترن به في القانون المدني الفرنسي، فقد علمنا أن هذا القانون لا يجيز الاتفاق على تملك المرهون ويعده باطلاً قبل صدور المادة 2348.

عليه فإن تأثير هذا البطلان على عقد الرهن يستشف من نص المادتين 900 و 1172 منه، فعلى وفق المادة 900 (أن الشروط المستحيلة أو المخالفة للنظام العام أو الآداب أو القانون التي تتضمنها الوصية أو التبرعات تُعد كأن لم تكن)⁽⁴⁾. في حين قضت المادة 1172 ببطلان العقد المقترن

(1). وذلك استناداً للمادة 131/2 من القانون المدني العراقي إذ جاء فيها ((كما يجوز ان يقترن بشرط فيه نفع ل احد المتعاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام وإلا لغاءه الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد أيضاً)). وكذلك جاء بهذه الأحكام في المادة (139) منه إذ جاء فيها ((إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً إلا إذا تبين أن العقد ما كان يتم بغير الشق الذي وقع باطلاً)) وتطابقها في الأحكام ذاتها في القانون المدني المصري المادة 143 منه.

(2). ذهب الى هذا الاتجاه:

د. عبد العزيز المرسي حمود- نظرية إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري- دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة - اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق- جامعة عين شمس 1988، ص 88. الاستاذ محمد طه البشير. د. غني حسون طه- مصدر سابق- ص 430. د. سليمان مرقس - مصدر سابق- 136.

(3). وهناك تطبيقات تشريعية في القانون المدني العراقي والمصري تؤيد هذا الاتجاه إذ تأخذ باستبعاد الجزء الباطل وجوبياً دون الاعتداد بقصد المتعاقدين في المواد 146، 259/2، 170، 217/2، 244، 147/2، 217/2 من القانون المدني المصري

(4). المادة 900 المعدلة بموجب القانون 2006/728 في 2006/6/23 والنافذة في 2007/1/1، حيث جاء فيها:

**Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impos-
sibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux moeurs ,seront réputes**

بشروط مستحيل أو مخالف للنظام العام أو الآداب مع بطلان الشرط⁽¹⁾. و على وفق ذلك فإن عقد التبرع يبقى ويُسْتَبْعَد الشرط الباطل منه، بينما عقد المعاوضة، كعقد الرهن مثلاً، يُبْطَل كلياً بوجود الشرط المخالف للنظام العام أو الآداب أو الشرط الممنوع قانوناً⁽²⁾، وقد سوغ بعض الفقهاء الفرنسيين هذا الاختلاف الواضح بين النصين، بقاء عقد التبرع دائماً باستبعاد الجزء الباطل يرجع الى إن أحد الطرفين في هذا العقد يحصل على شيء دون أن يعطي في مقابل ما حصل عليه، لذا يتردد هذا الطرف في التمسك بالبطلان خوفاً من استرداد الطرف الآخر لما حصل عليه هو، لذا لا يفرض عليه ذلك بل يوجب عليه الاحتفاظ بما حصل عليه، فالبطلان سوف يرد على الجزء الباطل فقط دون الأجزاء الأخرى، في حين إنه في عقود المعاوضات لم تتحقق هذه الفكرة لأنه دائماً هناك طرفان كل منهما يعطي شيئاً في مقابل ما حصل عليه⁽³⁾. على الرغم من ذلك، فإن القضاء الفرنسي اتجه الى توحيد الحكم في الحالات جميعاً، سواء كانت تبرعات أم معاوضات، إذ إتجهت أحكام المحاكم إلى أن الشرط الباطل المخالف للنظام العام إذا كان هو الباعث الدافع للتعاقد فإن العقد بأكمله يكون باطلاً، أما إذا كان هذا الشرط ثانوياً بالنسبة للمتعاقدين وحده يكون باطلاً ويُعد كأنه لم يكن ويبقى العقد المقترب به صحيحاً مرتباً لآثاره، وعليه فإن عقد الرهن إذا تضمن اتفاقاً على تملك الدائن المرتهن المال المرهون عند عدم وفاء المدين بالالتزام المضمون وكان هو الدافع لإبرام هذا العقد يكون عقد الرهن باطلاً كلياً، أما إذا كان هذا الاتفاق يُعد ثانوياً بالنسبة لطرفي عقد الرهن، فإن الاتفاق يبطل لوحده ويبقى عقد الرهن صحيحاً مرتباً لآثاره⁽⁴⁾.

non écrites.((

نقلاً عن الموقع الإلكتروني www.easy droit,fr/codes-et-lois

(1). **L. article 1172**((*Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes moeurs, ou prohibée par la loi est nulle, et rend nulle, la convention qui en dépend.*))

نقلاً عن الموقع الإلكتروني السابق.

(2). **Weill et Terré – droit civil – les obligations– Dalloz – 4 édition– 1986– no, 327.**

(3). **J.Flour, J.Luc Aubert et Savaux– Obligation –1– L'act juridique– AR– MAND Colin –2000 , no.358.**

(4). وقد اوضحت الغرفة المدنية الاولى في محكمة النقض الفرنسية في حكمها بتاريخ 1983/3/16 بان ((إذا كان بطلان الاتفاق على تملك المال المرهون عند عدم الوفاء لم يتناول إلا الاتفاق ذاته، فإن الامر مختلف عندما يشكل هذا الاتفاق السبب الدافع للعقد)) نقلاً عن **J.Mestre, E.Putman et M.Billiau–ouvr. Préc no.864**

وكذلك القرارات التالية:

في حين ظهر إتجاه فقهي⁽¹⁾، يرى خلاف الاتجاه القضائي المتقدم، بأنه من أجل الحفاظ على عقد الرهن مع بقائه مطابقاً لما أراده المشرع أي مطابقاً للنظام العام، لذا يرى هذا الاتجاه- الذي سبق أن أيدناه- وجوب استبعاد الجزء الباطل لوحده لكونه مخالفاً للنظام العام، إستبعاداً وجوبياً وبحكم القانون مع الإبقاء على الأجزاء الأخرى من العقد أي يبقى صحيحاً مرتباً لآثاره ، ومن ثم يكون قد تم الأخذ بما أراده المشرع وهو عدم اقتران العقد باتفاق مخالف للنظام العام، بينما الموقف القضائي السابق يُبطل العقد كلياً إذا كان الاتفاق الباطل هو الدافع للتعاقد. ما تقدم كان على وفق نص المادة 2078 من القانون المدني الفرنسي التي ألغيت بصدر القانون رقم 346 لسنة 2006، فبموجب القانون الأخير الذي انشأ المادة 2348، فإن النص كان صريحاً بذكره بأن إتفاق تملك المال المرهون من قبل الدائن المرتهن يجب أن تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها في هذا النص والتي جاءت لمنع استغلال الراهن وحمائته من عدم تقدير القيمة الحقيقية للمال المرهون وما يلحقه من غبن. ومن ثم فإن عدم توافر هذه الضمانات في هذا الإتفاق، فإنه يُعد كأن لم يكن، بمعنى أن بطلان هذا الاتفاق لا يؤثر في عقد الرهن، إذ يُبطل الإتفاق على تملك المرهون ويبقى عقد الرهن صحيحاً مرتباً لآثاره، فالتعديل الذي جاء به القانون المدني الفرنسي قد أزال الجدل حول تأثير هذا البطلان على عقد الرهن ، إذ كان النص القديم الملغى ينص على ((بطلان الاتفاق)) ((est nulle)) في حين جاء نص المادة 2348 واضحاً ينص على إنه ((غير مكتوب)) ((non écrite)).

عليه فإن الإتفاق على تملك المرهون يعد كأن لم يكن، ويعني ذلك بأن المشرع قد تدخل لتصحيح عقد الرهن تصحيحاً تشريعياً باستبعاد الجزء الباطل منه وجوبياً والإبقاء على العقد⁽²⁾.

Cass 3e civ, 5 févr, 1970 ,D, 1973, 151, sous not cass com, 27 mars, 1990, bull, - civ, lv, no. 93, p. 62 RTD. civ, 1991. 112. obs. J. mestre نقلاً

عن:

F. Terré, P. Simler et Y. Lequette- droit civil- les obligations- 8e, édition , Dalloz, 2002, no. 420

P. Malaurie et L. Ayné- Cours de droit civil- T.VI- les obligations- 9' edi-(1)(1) tion -paris- 1998- no. 584

B. starck, H. Roland et L. Boyer- obligations- 2- contract. Quatrième édition- paris- 1993- no. 921- J. luc Aubert et p. Jestaz- connaissance du droit- le contract droit des obligations -dalloz- paris- 1992 -p. 130.

(2). في الاستبعاد الوجوبي للجزء الباطل للإبقاء على العقد.

G. Marty et P. Raynaud - droit civil - les obligations - 2e édition, T.1- Les

يتضح من موقف القانون المدني الفرنسي، بأنه لم يُبقَ الأمر خاضعاً للبائع للدافع للتعاقد وللإجتهاد القضائي المتعلق بهذه المسألة كما كان قبل صدور التعديل الأخير، فالأفضل هو الإبقاء على العقد مرتباً لآثاره ومطابقاً لأهداف المشرع في الوقت ذاته، أي رفع الاتفاق المخالف للنظام العام وهذا ما أراه المشرع والإبقاء على العقد بين طرفيه مرتباً لآثاره في الوقت ذاته، إذ يكون استبعاد الجزء الباطل المخالف للقانون إجبارياً بحكم القانون حتى لو كان هذا الجزء هو الدافع إلى التعاقد بالنسبة لأحد المتعاقدين أو كليهما، لأن بقاء ذلك الجزء قد يؤدي إلى بطلان العقد بأكمله.

يتضح لنا مما تقدم في هذا المطلب بفرعيه، أن الاتفاق الحاصل بين طرفي عقد الرهن على تملك المرتهن المال المرهون يُعد باطلاً، وإذا حصل هذا الاتفاق فإنه يبطل لوحده دون أن يؤثر على عقد الرهن المقترن به. ومع ذلك فإن بعض القوانين قد أقرت بيع الوفاء ونظمت أحكامه وهذا البيع يتضمن ستاراً يخفي وراءه اتفاقاً بين طرفي العقد على تملك المرتهن للمرهون، لذا نبين من خلال المطلب القادم العلاقة بين اتفاق تملك المرهون من جهة وبيع الوفاء من جهة أخرى. العلاقة بين بيع الوفاء والإتفاق على تملك المرهون

عندما يبرم عقد البيع معلقاً على شرط فاسخ هو إذا رد البائع إلى المشتري المبالغ التي يتفق عليها وهي الثمن والمصروفات في مدة معينة، أنفسخ عقد البيع، وعُد كأن لم يكن ورجع المبيع إلى مُلك البائع وعُد أنه لم يخرج من ملكه أصلاً، يسمى هذا النوع من البيع ببيع الوفاء⁽¹⁾. القانون المدني المصري لا يعد هذا النوع بيعاً، ويعد التصرف باطلاً⁽²⁾، فالقانون يرى أن هذا البيع وسيلة تُخفي وراءها رهناً، حيث ينتهي الرهن إلى تجريد البائع من ملكه وبثمن قد يكون بخساً. فالبائع وفاء لا يحصل على ثمن يتناسب مع قيمة المبيع، بل يحصل على ما يحتاجه من مال ولو كان أقل بكثير من هذه القيمة، وكثيراً ما يعتمد على احتمال وفائه بما قبض قبل انقضاء أجل الاسترداد، فإذا عجز عن رد الثمن ضاع عليه المبيع دون أن يحصل على ما يتعادل مع قيمته وتحمل عبئاً ينبغي أن يدرأه القانون عنه، لذا عد القانون المصري هذا البيع بكل صورته

sources-Sirey -1988-no.127,225.J.Floure,J.Luc. Aubert et savaux -ouvr. préc-no.360.F.Terré, P.Simler et lequette -ouvr. préc-no.421.

وفي الفقه العربي حول هذا الاستبعاد: د.ريما فرج مكي، تصحيح العقد- دراسة مقارنة- الطبعة الأولى - المؤسسة الحديثة للكتاب - لبنان-ص44-45.

(1). عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - الجزء الرابع - الطبعة الثالثة الجديدة- منشورات

الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان، 2000 - ص148. د. سليمان مرقس - مصدر سابق-ص436.

(2). حيث تضمنت المادة 465 من هذا القانون هذه الأحكام، حيث جاء فيها (إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد

البيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلاً).

تصرفاً باطلاً⁽¹⁾.

يتضح من موقف القانون المدني المصري، أن السبب الرئيس وراء بطلان بيع الوفاء هو إنه يخفي وراءه رهناً، ومن ثم يستخدم هذا العقد وسيلة للتحويل على إجراءات التنفيذ التي تتطلبها الرهن الحيازي، ويعدّل من حق المرتهن في التنفيذ على المرهون، من ثم يمكن الدائن المرتهن في أن يملك المال المرهون عن عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله، لذا فإنه في نطاق هذا القانون لا نكون أمام اتفاق على تملك المرهون؛ لأن هذا الإتفاق مجاله بيع الوفاء الذي يخفي رهناً حيازياً، وهنا لا نكون أمام بيع وفاء ومن ثم ينتفي بحث هذه العلاقة في نطاق هذا القانون، فلا تظهر هذه العلاقة إلا في القوانين التي تصف بيع الوفاء بأنه رهن حيازي كالقانون المدني العراقي والقوانين التي تنظم بيع الوفاء وتبين أحكامه كالقانون المدني الفرنسي، وهذا ما سنتطرق إليه في الفرعين الآتيين:

أولاً، موقف القانون المدني العراقي:

يعدّ بيع الوفاء⁽²⁾، تصرفاً قانونياً صحيحاً في القانون المدني العراقي وقد عدّه رهناً حيازياً. ويذكر الأستاذ الدكتور حسن علي الذنون في هذا الصدد ((يبدو من نصوص القانون المدني العراقي، للوهلة الأولى أنه لا يعترف ببيع الوفاء كعقد ناقل ملكية معلقة على شرط فاسخ كما فعلت القوانين المدنية الغربية، ولا يجعل هذا العقد باطلاً كما فعل القانون المدني المصري، وإنما هو يقرر إن بيع الوفاء يعتبر رهناً حيازياً، وهو في هذا يُرد أن يأخذ بما ذهب إليه الفقه الإسلامي ((⁽³⁾. فهذا القانون أقر بيع الوفاء ولكنه أخذ بموقف الفقه الإسلامي بوصفه رهناً حيازياً وهذا الوصف قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس، إذ جاء في المادة 1333 منه ((بيع الوفاء يعتبر رهناً حيازياً)). وهذا الحكم مأخوذ من مجلة الاحكام العدلية⁽⁴⁾.

(1). مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - الجزء الرابع - ص 169-171 - نقلاً عن الدكتور السنهوري - الجزء الرابع - مصدر سابق - ص 163-164. وهذه الأحكام أيدتها محكمة النقض المصرية في قرار لها جاء فيه (عقد البيع الذي يخفي رهناً أي بيع وفاء يجوز إثبات بطلانه بكافة الطرق بين المتعاقدين). طعن 1085 لسنة 48 في 1982/2/7 - نقلاً عن فتحة محمود قرة، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض - الدائرة المدنية في خمس سنوات 79 - 1984 - الجزء الأول - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - 1984 - ص 129.

(2). ووجه تسميته ببيع الوفاء كونه فيه عهد الوفاء من المشتري بأن يرد على البائع المبيع حين رد الثمن من البائع. الأستاذ محمد طه البشير. د. غني حسون طه - مصدر سابق - ص 520 - هامش (150).

(3). مؤلفه شرح القانون المدني العراقي- العقود المسماة - عقد البيع- مطبعة الرابطة- بغداد- 1953 ص 388.

(4). إذ جاء في المادة 118 منها (بيع الوفاء هو بيع المال بشرط ان البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع، وهو في حكم البيع الجائز بالنظر الى انتفاع المشتري به، وهو في حكم البيع الفاسد بالنظر الى اقتدار كل من المتعاقدين على الفسخ، وفي حكم الرهن بالنظر إلى إن المشتري لا يقدر على بيع المبيع من الغير). الأستاذ منير القاضي- شرح المجلة

على ما تقدم، يُعدُّ بيع الوفاء تطوراً للرهن في الشريعة الإسلامية، إذ أُجيز فيه أن ينتفع المرتهن بالعين المرهونة وأن يستولي على غلتها في مقابل انتفاع الراهن بالدين الذي قبضه من المرتهن، وهذا صورة من صور الربا إقتضاها التعامل، فسأيرت الشريعة الإسلامية في ذلك الضرووات العمليية، ولما كان القانون المدني العراقي قد أجاز للدائن المرتهن ان يستولي على غلة العين المرهونة محتسباً أياها من الفوائد والمصاريف وأصل الدين، لذا يصبح التمييز بين الرهن وبيع الوفاء معدوماً للأهمية ويَجُبُّ الرهن بيع الوفاء⁽¹⁾. ومن ثم يكون البائع (في البيع وفاءً) بمثابة الراهن، ويكون المشتري في مركز الدائن المرتهن رهنأً حيازياً، إذ يحتفظ المشتري وفاءً (الدائن المرتهن) بالشيء المباع ويرده الى صاحبه البائع (الراهن) عند رد الأخير الثمن والمصرفات، ويتملك الدائن المرتهن (المشتري وفاءً) الشيء المباع (المال المرهون) عند عدم رد الراهن (البائع وفاءً) الثمن والمصرفات⁽²⁾. وعندها نكون أمام تملك الدائن المرتهن (المشتري وفاءً) للمرهون عند عدم وفاء الراهن (وهو البائع وفاءً) بالدين (أي الثمن والمصرفات)، وقد قصد المتعاقدان التخلص من أثر بطلان الاتفاق على تملك المرهون وما قد يتبعه من بطلان عقد الرهن، لذا لجأ المتعاقدان إلى تسميته ببيع الوفاء، ولكنه يتضمن بالنظر لقصدهما رهنأً حيازياً. وهذا ما أكده المشرع العراقي عندما وصفه رهنأً حيازياً⁽³⁾.

على هذا نعتقد بأن موقف القانون المدني العراقي قد أعطى للمتعاقدين وسيلة للتخلص من آثار بطلان الاتفاق على تملك المرهون، وذلك بإجازته بيع الوفاء وعده رهنأً حيازياً، فقد وقع في خلط وتناقض، لأن هناك إختلافاً جوهرياً بين بيع الوفاء والرهن الحيازي، فالمشتري وفاءً (وهو بمركز الدائن المرتهن) تَمَلَّكَ الشيء المباع ولكن تحت شرط فاسخ، في حين لا يتملك الدائن المرتهن رهنأً حيازياً المال المرهون وإنما تنتقل إليه حيازته فقط، والبائع وفاءً (وهو بمركز الراهن) يتجرد عن ملكه في البيع وفاءً، بينما لا يتجرد الراهن عن المُلْك وإمَّا عن الحيازة فقط، من جهة ثانية، فإن البائع إذا كان بمركز الراهن، فالراهن كثيراً ما يكون مدينأً وقدم الشيء المرهون ضماناً لسداد الدين المضمون المترتب في ذمته، ويجبر على سداد هذا الدين للتخلص من الرهن، بينما البائع وفاءً لا يكون مدينأً بدين سابق ولا يكون مجبرأً على رد الثمن (الذي هو بمثابة الدين) وإمَّا له

-الجزء الأول-الطبعة الأولى -القواعد الكلية -البيع،الإجارة-مطبعة العاني بغداد-1949-ص29.

(1). فقد جاء في المادة 1340 من القانون المدني العراقي حيث جاء فيها (ليس للمرتهن ان ينتفع بالمرهون رهنأً حيازياً دون مقابل وما حصل عليه من صافي ريعه وما استفاده من استعماله يخصم من الدين الموثق بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله... و. تفصيل ذلك،د.حسن الذنون - مصدر سابق - ص388-389.

(2). عبد الرزاق السنهوري -الجزء الرابع-مصدر سابق-ص161،148. د. خالد حمدي عبد الرحمن -البيع المرتد-دار النهضة العربية -القاهرة-1999-ص59.

(3). في المادة 1333 من القانون المدني.

الحق في أن يرد الثمن ويسترد المبيع⁽¹⁾. من جهة ثالثة، إنه يبيع يخول المشتري على المبيع حقاً عينياً أصلياً هو حق الملكية، في حين إن عقد الرهن الحيازي يخول المرتهن على المرهون حقاً عينياً تبعياً هو حق الرهن الحيازي، فالدائن المرتهن له ضمانان وحقان، فهو كدائن له حق شخصي يخوله حق الضمان العام على جميع أموال المدين، وبوصفه مرتهناً له حق الضمان الخاص يخوله مزاي الحبس والتقدم والتتبع. وفي البيع وفاءً يكون الدائن المرتهن في مركز المشتري وفاءً، والمشتري يستطيع أن يتصرف بالمباع بوصفه مالكاً له ولكنها ملكية معلقة على شرط فاسخ هو الإسترداد، وهذا ما يتناقض مع وصفه دائناً مرتهناً لأن الأخير لا يستطيع أن يتصرف بالمرهون بالبيع أو أي تصرف ناقل للملكية⁽²⁾.

يُستنتج مما تم ذكره، إن هناك اختلافاً جوهرياً بين بيع الوفاء والرهن الحيازي، ونظراً لهذا الاختلاف ومن أجل الحفاظ على ما جاء به القانون المدني العراقي من إجراءات التنفيذ على المال المرهون عند عدم وفاء الدين المضمون وعدم تجاوز الدائن المرتهن لما خوله المشرع من حق للتنفيذ على المال المرهون، نرى وجوب إلغاء المادة 1333 ؛ لأن بقاءها يعني السماح ضمناً بالاتفاق على تملك المرتهن للمرهون عند عدم وفاء الدين المضمون والتحايل على أحكام بطلان هذا الاتفاق⁽³⁾. فالمادة 1301 من القانون المدني توجب بطلان هذا الاتفاق في نطاق الرهن الحيازي استناداً لأحكام المادة 1341/2 التي ألزمت إتباع هذا الحكم في نطاق الرهن الحيازي أي سنكون أمام تعارض بين المادة 1301 وأحكام المادة 1333 فالأولى أوجبت بطلان إلا تفارق بينهما الثانية سمحت به وأجازته تحت تسمية أخرى هي بيع الوفاء، بل الأكثر من ذلك وصفت هذا البيع بأنه رهن حيازي. بالإضافة إلى ذلك، فأن وجود المادة 1333 يتعارض مع أحكام المادة 1341/2 التي تضمنت صراحة بطلان كل اتفاق بتملك المرتهن المال المرهون عند عدم استيفائه للدين⁽⁴⁾. المشرع بموجب المادة 1341/2 منع الدائن المرتهن من تعديل حقه في التنفيذ على المرهون رهنًا حيازيًا وجعل مثل هذا التعديل المتفق عليه مع الراهن باطلاً، في حين أجاز في المادة 1333 وجود الاتفاق على تملك المرهون. لذا من أجل تطبيق هذه الأحكام، نقترح إلغاء

(1). عبد الرزاق السنهوري - مصدر سابق - الجزء الرابع - ص 148. د. سليمان مرقس - مصدر سابق - ص 436.

(2). حسن علي الذنون - مصدر سابق - ص 388-389. والاستاذ محمد طه البشير، د. غني حسون طه - مصدر سابق - ص 526.

(3). ويرى الدكتور حسن علي الذنون بأنه يمكن الاكتفاء بأحكام المادة 509 من القانون المدني العراقي التي تجيز شرط

الخيار مدة معلومة حتى يزول التعارض مع المادة 1333 وإلغاء هذه المادة حيث جاء في المادة == 509)

يصح أن يكون البيع بشرط الخيار مدة معلومة، ولا يمنع هذا الشرط من انتقال الملكية الى المشتري سواء كان الخيار

للبيع أو للمشتري أو لهما معاً أو لأجنبي (المصدر ذاته المشار إليه في الهامش السابق.

(4). حيث جاء في المادة 1341/2 ((والرهن الحيازي كالرهن التأميني في اقتصار التنفيذ على المرهون اذا كان الراهن غير

المدين وفي بطلان كل اتفاق يملك المرتهن المرهون عند عدم استيفائه للدين، وفي جواز نزول المرتهن للغير عن الدين

الذي له مع الرهن الذي يوثق هذا الدين وتتبع في كل ذلك أحكام المواد 1300، 1301، 1302)).

المادة 1333 وعدم إجازة بيع الوفاء، وعد هذا التصرف باطلاً كما فعل المشرع المصري، خاصة وإن المشرع العراقي لم يتطرق إلى بيع الوفاء إلا في هذه المادة، على عكس المشرع الفرنسي الذي نظم أحكامه بالتفصيل في عدة مواد، وهذا ما ستره في الفرع القادم.

ثانياً، موقف القانون المدني الفرنسي:

نظم القانون المدني الفرنسي البيع مع إمكانية الاسترداد في المواد 1659-1673 في خمسة عشر مادة، فقد أقر عقد البيع الذي يحتفظ بمقتضاه باسترداد الشيء المباع عند رده الثمن مع المصروفات ونفقات صيانة الشيء الضرورية التي نصت عليها المادة 1673، وكذلك رد ما زاد في قيمة المال، فهو بيع معلق على شرط فاسخ هو الاسترداد⁽¹⁾. والمهلة التي أعطيت للبائع لاسترداد الشيء هي خمس سنوات، أي أن الحد الأقصى للمدة التي يجوز أن يستعمل فيها حق الاسترداد هو خمس سنوات بعد البيع وإن اتفقا على أكثر من ذلك أتقضى ما اتفقا عليه إلى خمس سنوات⁽²⁾، ولكن يجوز لهما الاتفاق على مدة أقصر من خمس سنوات⁽³⁾.

عليه، فإن شرط الاسترداد، هو شرط فاسخ إرادي صرف، مادام متوقفاً على إرادة البائع بيع وفاء، والقانون وحده قد أقر هذا الشرط وفي الحدود التي رسمها القانون دون تجاوزها، وخاصة ما يتعلق بالمدة المحددة التي تبدأ من تاريخ إبرام عقد البيع مع حق الاسترداد⁽⁴⁾. وعندما يمارس البائع حق الاسترداد، فإنه يسترد العين المبيعة مع سقوط الحقوق التي رتبها المشتري بعد انتقال الملكية إليه في عقد بيع الوفاء⁽⁵⁾.

(1). وهذا ما تضمنته المادة 1659 من القانون المدني الفرنسي التي عدلت بموجب القانون 2009/529 في 2009/5/12-.

L'art. 1659 ((la faculté de rachat ou de réméré est un pact par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement dont il est parlé à l'art. 1673.((

نقلًا عن الموقع الإلكتروني www.legifrance.gouv.fr/affich_code_article.do ؟

(2). **l'art. 1660 ((la faculté de rachat ne peut être stipulée pour un terme ex-cédant cinq a nées. Si elle a été stipulée pour un terme plus long , elle est réduite à ce terme.((**

نقلًا عن الموقع الإلكتروني السابق.

(3). **Jérôme Huet – Traité de droit civil– J.Ghestin–L.G.D.J–1980–no. 11458.**

(4). **Alain Bénabent – droit civil –C.Mantchrestien – no ,108 .**

(5). **L'art. 1673 code civil ((.....lorsque le vendeur rentre dans son héritage par l'effet du pacte de rachat , il le reprend, exempt de toutes les charges et hypothèques dont l'acquéreur l'aurait grevé , a La Condition**

لذا، فإن القانون المدني الفرنسي عد بيع الوفاء أو البيع مع حق الاسترداد بيعاً صحيحاً معلقاً على شرط فاسخ هو الاسترداد، ولذا فإن هذا البيع يمكن أن يتضمن اتفاقاً على تملك الدائن المرتهن للمال المرهون عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون، لأن البائع وفاءً يكون في مركز؛ الراهن رهناً حيازياً بينما يعد المشتري وفاءً بمثابة الدائن المرتهن، وعند تطبيق أحكام بيع الوفاء، يملك الدائن المرتهن (المشتري وفاءً) الشيء المرهون (المُباع وفاءً) عند عدم قيام الراهن (البائع وفاءً) برد الثمن والمصروفات الأخرى المتعلقة بالبيع التي تكون بمثابة الدين المضمون، خلال المهلة المحددة قانوناً وهي خمس سنوات، ومن ثم نكون أمام مخالفة للقواعد الآمرة التي تقضي ببطلان اتفاق تملك المرتهن المرهون في مقابل ثمن يتفق عليه المتعاقدان مسبقاً⁽¹⁾، أذ يُعد هذا البيع مع حق الاسترداد وسيلة يلجأ إليها المتعاقدان للتحايل على إجراءات التنفيذ على المال المرهون التي يحق للدائن المرتهن رهناً حيازياً القيام بها، فالقانون قد رسم للدائن المرتهن كيفية ممارسة هذا الحق، ومن ثم فإن بيع الوفاء يعد تعديلاً لحق الدائن المرتهن بالتنفيذ على المرهون ويكون وسيلة للتحايل على القواعد القانونية الآمرة التي تتضمن بطلان كل اتفاق يؤدي إلى تملك المرتهن للمال المرهون رهناً تأمينياً أو حيازياً عند عدم وفاء المدين بالالتزام المضمون. يتضح مما تم بيانه، أن القواعد القانونية في القانون المدني الفرنسي تضمنت تنظيم عقد البيع مع حق الاسترداد، وهي في الوقت ذاته قد تضمنت إقراراً ضمناً بجواز تملك المرهون من جانب الدائن المرتهن باتفاق بين المشتري والبائع في البيع وفاءً، لذا أصبح هناك تعارض بين القواعد القانونية لبيع الوفاء وبين المادة 2348 المتعلقة بطلان الاتفاق على تملك المرهون الذي لم تتوافر فيه الضمانات التي حددتها هذه المادة، وحتى قبل صدور المادة 2348، فأن هناك تعارضاً بين القواعد القانونية التي تنظم بيع الوفاء و المادة 2078 التي كانت نافذة قبل ذلك، الأمر الذي أدى بالقضاء الفرنسي إلى التصدي لذلك، بإصداره قرارات تقضي بطلان بيع الوفاء عندما

que ce pacte ait été régulièrement publié au bureau des hypothèques, antérieurement à la publication des dites charges et hypothèques.((...))

: L'article 1348 code civil .(1)

التي اشترنا إليها سابقاً، وهناك من ذهب إلى انه يمكن التخلص من البطلان الوارد في هذه المادة، وذلك بتحديد ثمن المال المرهون حسب الشروط والضمانات التي حددها القانون في المادة المذكورة وعندها يكون الاتفاق على تملك المرهون من قبل الدائن المرتهن (المشتري وفاءً) صحيحاً وعندها لا حاجة إلى البيع مع حق الاسترداد والاكتفاء بما اجازاه المشرع الفرنسي من تملك المرهون بالشروط التي حددها. . في ذلك :-

.Serge Braudo – conseiller honoraire a la cour d appel de versailles

نقلًا عن الموقع الإلكتروني www.juritravail.com/lexique/remere.html

يخفي في حقيقته وبحسب النية المشتركة لطرفي عقد بيع الوفاء يخفي رهناً حيازياً يتضمن تملك الدائن المرتهن المرهون عند عدم الوفاء بالدين المضمون، وللحكم بهذا البطلان يمكن الكشف عن حقيقة النية المشتركة للمتعاقدین بطرق عديدة منها، التفاوت في ثمن المبيع عندما يكون البيع بثمن بخس لا يتناسب مع القيمة الحقيقية للمال المباع أو يتفق المشتري وفاءاً (المرتهن) مع البائع (الراهن) بأن الأخير لا يستطيع إسترداد الملكية إلا بثمن أعلى من الثمن المدفوع من قبل مقرض المال (المشتري وفاءاً) ، وكذلك يمكن أن يتبين أن هناك تعديلاً في حق المرتهن في التنفيذ على المرهون بتملك الدائن المرتهن للمرهون عند عدم الوفاء، وذلك عن طريق صفة المرتهن (المشتري وفاءاً) إذا كان يمارس الربا وبشكل واضح للناس⁽¹⁾. ففي هذه الحالات يتضح بأن البيع مع حق الاسترداد ستاراً يُخفي وراءه المتعاقدان رهناً حيازياً يمكن للمرتهن أن يملك المرهون عند عدم الوفاء بالدين (رد الثمن) لذا إتجه القضاء الفرنسي إلى بطلان البيع مع حق الاسترداد لانه يتضمن تعديلاً لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون وهذا التعديل لم يجزه القانون الفرنسي. وكذلك الأمر بعد صدور التعديل على وفق المادة 2348 في قانون 346 لسنة 2006، إذ أبطلت المحاكم الفرنسية عقد البيع مع حق الاسترداد إذا تبين لها أن الطرفين أرادا ضمناً أن يرهنا الشيء رهناً حيازياً ومن ثم يملك المرتهن المرهون (المباع) عند عدم وفاء الدين (الثمن مع المصروفات)⁽²⁾.

درسنا في هذا المبحث، الإتفاق على تملك المرهون من قبل الدائن المرتهن عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون، ووجدنا أن هذا الاتفاق يُعد باطلاً حتى لو كان تحت ستار بيع الوفاء، ويكون الحكم نفسه وهو البطلان بالنسبة لاتفاق الطرفين على بيع المرهون دون المرور بالإجراءات القانونية التي حددها القانون للبيع. وهذا ما سيتم دراسته في المبحث القادم.

الإتفاق على بيع المرهون دون الإجراءات القانونية

نشأت التأمينات العينية تسهياً للإئتمان وتنشيطاً له، وأعطت لصاحبها مزية التقدم على غيره من الدائنين عند توزيع ثمن المال المرهون بعد بيعه في المزاد العلني على وفق الإجراءات القانونية التي نصت عليها قوانين المرافعات والتنفيذ في البيوع الجبرية⁽³⁾. وقد خشى المُشرع أن يستغل الدائن المرتهن حاجة المدين للمال فيشترط على الراهن بيع المرهون من دون إتباع الإجراءات التي قررها المشرع لحماية المدين الذي تنزع ملكية أمواله المرهونة ويسمى هذا

(1). Cass civ 16.nov,1964,cass, civ, 24,oct,1956 . نقلًا عن

J.Mestre,E.putman et M.Billian- Ouvr.prec-no.861

(2). نقلًا عن Serge Braudo- Ouvr préc , civ,23, déc,2006 , ass

(3). المادة 1316 /ف1 من القانون المدني العراقي،1069/ف1 من القانون المدني المصري، والمادة 2346 من القانون المدني

الفرنسي حسب القانون 346 لسنة 2006.

الإتفاق بـ ((الاتفاق على بيع المرهون دون إجراءات))⁽¹⁾، أو يسمى بمصطلح آخر، الإتفاق على الطريق المُمهَّد⁽²⁾، الذي يُهدد البيع دون المرور بإجراءات بيع المال المرهون بالمزاد العلني. فكل المصطلحين يعطيان المعنى ذاته وهو الاتفاق على بيع المرهون من دون إتباع الإجراءات القانونية التي حددتها القوانين المختصة. وعلى هذا ستم دراسة أحكام هذا الاتفاق في مطلب أول ، ونخصص المطلب الثاني لبيان الإجراءات القانونية المتعلقة بالتنفيذ على المال المرهون.

أحكام الإتفاق على بيع المرهون دون الإجراءات القانونية:

لم يسمح المشرع للدائن المرتهن بأن يتمكن من تجنب الأشكال القانونية التي حددها للتنفيذ على المال المرهون وإستحصال حقه من ثمنه، حتى لو كان ذلك قد تم عن طريق الاتفاق مع الطرف الثاني في عقد الرهن وهو الراهن، لذا عدَّ الاتفاق المعدل لحق الدائن في التنفيذ على المرهون باطلاً، ولكن مدى تأثير بطلان الإتفاق المعدل لهذا الحق على عقد الرهن المقترن به لا يختلف عن مدى تأثير اتفاق تملك المرهون الذي تمت دراسته سابقاً. لذا لم نفرّد لأثر بطلان هذا الاتفاق فرعاً مستقلاً، تجنباً لتكرار الأحكام ذاتها والاتجاه الفقهي الذي تم الحديث عنهما في دراسة اثر بطلان اتفاق تملك المرهون على عقد الرهن⁽³⁾، ونكتفي بدراسة أحكام هذا البطلان في هذا المطلب.

تضمنت المادة 1301 من القانون المدني العراقي بطلان الاتفاق بين طرفي عقد الرهن التأميني على بيع المال المرهون من دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون حتى لو كان هذا الاتفاق قد وقع بعد إبرام عقد الرهن⁽⁴⁾. وتضمن القانون المدني المصري الأحكام ذاتها التي توجب بيع المال المرهون وفقاً لإجراءات القانون، وذلك في المادة 1052 منه الخاصة بالرهن التأميني⁽⁵⁾. أما القانون المدني الفرنسي فقد جاء بهذه الأحكام في المادة الأولى من القانون رقم 346 لسنة 2006 الصادر في، الذي أنشأ المادة 2346، التي جاء فيها ((يستطيع الدائن أن يطلب قضائياً، في حالة عدم وفاء الدين المضمون ببيع المال المرهون، ويحصل هذا البيع حسب الأحكام

(1). السنهوري - مصدر سابق - الجزء العاشر - ص424. د. سمير عبد السيد تناغو - مصدر سابق - ص123.

(2). سليمان مرقس - مصدر سابق - ص133 وما بعدها. الأستاذ محمد طه البشير. د. غني حسون طه - مصدر سابق - ص42.

وكذلك . في الفقه الفرنسي

J.Mestre, E.putman et M.Billiau –ouvr.préc,no.856

(3). ذلك في المبحث الأول، الفرع الثاني من المطلب الثاني.

(4). وتطبق هذه الأحكام على الرهن الحيازي وفقاً للمادة 1341/2 من هذا القانون.

(5). وتطبق هذه الأحكام على الرهن الحيازي بموجب المادة 1108 منه، التي تنص على ((يسري على رهن الحيازة...أحكام

المادة 1052 المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء وشروط البيع دون إجراءات)).

المنصوص عليها لإجراءات التنفيذ، ودون إمكانية أن تلغي إتفاقية الضمان هذه الإجراءات⁽¹⁾. ولم يكتفِ القانونان المدني العراقي والمصري بالنص على عدم جواز الاتفاق على بيع المرهون دون إجراءات مناسبة آثار عقد الرهن بالنسبة للدائن المرتهن، وإنما أكدوا على بطلان هذا الاتفاق في نص قانوني آخر بمناسبة آثار عقد الرهن بالنسبة للغير، عند ممارسة حق التبعية في مواجهة حائز العقار المرهون رهنًا تأمينياً بمناسبة تحرير العقار المرهون أو تطهيره من التأمينات العينية، فإذا طلب الدائن المرتهن بيع العقار المرهون فإن هذا البيع وطلبه يجب أن تتبع فيه الإجراءات المقررة في البيوع الجبرية على وفق قانون التنفيذ⁽²⁾. وبذلك أكد قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980 المعدل على عدم جواز الاتفاق على بيع المال المحجوز من دون أتباع الإجراءات القانونية⁽³⁾، وذلك للحيلولة دون إستغلال ضعف مركز المدين من جهة ولضمان عدم الإخلال بالموازنة بين مصلحة تلك الأطراف، فالإجراءات التي يرسمها قانون التنفيذ قد حققت هذه الموازنة، ومثال الإتفاق الذي منعه القانون، اتفاق الدائن والمدين على بيع العقار المحجوز دون الإعلان عن بيعه في الصحف أو بيعه بأقل من النسبة المحددة قانوناً⁽⁴⁾. فضلاً عن كل ما تقدم، إن قانون التجارة في العراق ومصر، قد تضمنتا بطلان اتفاق الدائن المرتهن والراهن على بيع المال المرهون من دون إتباع الإجراءات القانونية⁽⁵⁾.

(1). L'article 2346:-

A défaut de paiement de la dette garantie, le créancier peut faire ordonner en justice la vente du bien gagé. Cette vente a lieu selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution sans que la convention de gage puisse déroger ((وهذا النص يطبق على الرهن بنوعية لانه جاء في القانون 346 لسنة 2006 **relative aux sûretés**))

((نقلًا عن الموقع الإلكتروني: **relative aux sûretés** المتعلقة بالضمانات (التأمينات)))

www. Legi france.gouv. fr/ affich code –do.

(2). إذ جاء في المادة 1310 من القانون المدني العراقي، الفقرة الأولى منها ((أذا طلب بيع العقار وجب إتباع الإجراءات

المقررة في البيوع الجبرية وفقاً لقانون التنفيذ...)) وتقابلها في القانون المدني المصري المادة 1069 منه.

(3). إذ جاء في المادة (58) منه على (لا يعتد باتفاق الطرفين على إجراءات الحجز أو البيع خلافاً لأحكام هذا القانون).

(4). مدحت المحمود، شرح قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980، وتطبيقاته العملية، بغداد، 1992، ص 185. و. قرار محكمة

استئناف بغداد بصفتها التمييزية رقم 727 /تنفيذ، 1990 في 1990/10/4، الذي يؤكد على هذا البطلان نقلًا عن المصدر

ذاته، ص 285.

(5). إذ جاء في المادة 196 من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 المعدل، (يبطل كل شرط في عقد الرهن أو كل اتفاق

بعد انعقاده يعطي الدائن المرتهن في حالة عدم استيفاء الدين عند حلول اجله..... بيعه دون مراعاة الأحكام المنصوص

عليها في المادة (193) من هذا القانون) وهذه المادة (193) أوجبت إتباع قواعد قانون المرافعات المدنية في بيع المال

وتتمثل هذه الإجراءات في حجز المال ثم بيعه في المزاد العلني، إذ يجب أن يوضع بيد القضاء بهدف المحافظة على حقوق الدائنين أياً كانوا عاديين أم مرتهين كون الإجراءات القضائية كفيلة بتحقيق أكبر فائدة لجميع الدائنين إذ تتمثل بإمكانية بيع المال المرهون بأكثر قيمة ممكنة من خلال إتباع هذه الإجراءات⁽¹⁾. من ناحية أخرى، فإن الإجراءات التي نصت عليها قوانين التنفيذ حريصة على تأمين مبدأ تعقيد وتقييد إجراءات التنفيذ على الأموال مرهونة كانت أم من أموال الضمان العام، وذلك بكثرة هذه الإجراءات وطول بدء مواعيدها ومراعاة الشكل الذي حدده القانون، وذلك بحجة إعطاء فرصة كافية للمدين يتمكن من خلالها تسديد دينه ومن ثم المحافظة على المال الذي يرغب في بقاءه تحت يده⁽²⁾. فالإجراءات التي رسمها القانون تضمن حق كل من الدائن المرتهن والراهن بما يحقق التوازن بين المصالح المتعارضة، ولكنها توفر حماية لمصالح الراهن بشكل خاص، إذ يُخشى أن يكون الدائن المرتهن قد إستغل حاجة الراهن وضعف مركزه وحاجة المدين للاستدانة والاقتراض فيفرض على الراهن هذا الشرط، الذي يوجبه بيع المرهون بدون مراجعة القضاء سواء بطريقة ودية أو عن طريق مزاد لا تتدخل المحكمة بتنظيمه، أي دون الرجوع إلى الإجراءات القضائية التي تنتهي ببيع المرهون بيعاً جبرياً عن طريق المزاد العلني⁽³⁾، ومن ثم يفقد صاحب المال المرهون فرصة بيع ماله بأكثر قدر ممكن عن طريق المزاد العلني فيصاب بضرر بسبب ذلك، لذا كان اتفاق طرفي عقد الرهن على بيع المرهون دون إجراءات باطلا بموجب أحكام القانونين العراقي والمصري. وكذلك الأمر بالنسبة للقانون المدني الفرنسي في المادة 2346، عندما ذكر أن بيع المرهون عند عدم وفاء المدين يجب أن يحصل على وفق إجراءات التنفيذ⁽⁴⁾. ويقصد هنا بإجراءات التنفيذ هي الإجراءات الصادرة بموجب القانون رقم 1895/2011

المرهون بطريق الاستعمال. وتقابلها في القانون المصري، قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 المعدل، المادة (129) منه التي حددت تطبيق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 126 منه التي حددت البيع عن طريق المزاد العلني عن طريق السلطة القضائية.

(1). علي مظفر حافظ - شرح قانون التنفيذ - طبعة منقحة - مطبعة العاني - بغداد - 1974 - ص 155. وستحدث عن هذه الإجراءات بالتفصيل في المطلب القادم.

(2). علي مظفر حافظ - مصدر سابق - ص 303.

(3). قرار محكمة النقض المصرية 1584 س/ 61 ق، في 1997/2/27. نقلاً عن المستشار أنور طلبية - مصدر سابق - ص 439. و. في هذا الصدد د. منصور مصطفى منصور - التأمينات العينية - المطبعة العالمية - القاهرة - 1963 - ص 96.

(4). M.Planiol et G.Ripert ouvr. Préc-no.119. ويشيرون هنا إلى إن مصير البطلان محدد وفقاً

لللمادة 2078 التي حلت محلها المواد 2346، 2347، 2348، والتي إبقت على بطلان الاتفاق على بيع المرهون دون اجراءات أما بالنسبة للاتفاق على تملك المرتهن للمرهون فانها تبطل هذا الاتفاق اذا لم يتضمن الشروط والضمانات التي جاءت بها المادة 2348.

في 2011/12/19، وهي الإجراءات الواجب اتخاذها عند حجز على المال المرهون وبيعه في المزاد العلني، وهي التي سنتطرق إليها في المطلب القادم، وقد أكد هذا القانون بطلان الاتفاق على بيع الدائن للعقار المحجوز دون اتخاذ الإجراءات القانونية المتعلقة بالحجز على العقار وذلك في المادة 311/الفقرة الثالثة من هذا القانون⁽¹⁾. وبطلان الإتفاق على بيع المال المرهون دون إتباع الإجراءات المحددة قانوناً أكده الفقه الفرنسي بوصف هذا البطلان ضامناً لحماية حقوق الراهن وخاصة إذا كان هو المدين، لأن الدائن المرتهن يهدف الى إستيفاء حقه بأية طريقة كانت فقد يحصل على ثمن لا يتناسب مع القيمة الحقيقية للمال المرهون، وذلك عن طريق البيع خارج بصورة ودية مع المشتري دون إتباع ما رسمه القانون⁽²⁾. وفضلاً عن القانون المدني الفرنسي وقانون إجراءات التنفيذ فإن قانوناً آخر تضمن النص على بطلان الاتفاق على بيع المرهون دون إجراءات، وذلك هو قانون الاستهلاك الصادر في 2010/7/1 برقم 2010/737، في المادة 311 الفقرتان 23، 32 اللتان جاء فيهما بصياغة واحدة ((في حالة العجز عن دفع الدين، فانه تتبع أشكال بيع المرهون وفقاً للمادة 346))⁽³⁾. وتطبق الأحكام المتقدمة سواء تم الاتفاق على بيع المرهون دون إجراءات عند إبرام الرهن أو بعده، إذ يعد هذا الاتفاق باطلاً في الحالتين، هذا ما جاء به صراحة القانون المدني العراقي والمصري⁽⁴⁾. أما القانون المدني الفرنسي، فلم يتضمن نص المادة 2346 منه إشارة صريحة إلى حكم الإتفاق اللاحق لعقد الرهن إذ تضمنت هذه المادة عدم جواز أن يُلغى أو يُبطل عقد الرهن

L'article L311-3 ((est nulle toute convention portant qu'à défaut d'exécution des engagements pris envers lui, le créancier peut faire vendre les immeubles de son débiteur en dehors des formes prescrites pour la saisie immobilière)).

نقلًا عن الموقع الإلكتروني:

www.legifrance-gour-fr/affich-code-do;

J.Mestre, E.Putman et M.Billiau-ouvr, préc- no.856 .(2)

وقد أشارو هنا الى قرار قديم لمحكمة النقض الفرنسية تطبيقاً لهذا البطلان وفقاً للمادة 2078 الملغية وهو. - Cass, civ, 4, mars, 1902, Dalloz, 1903, sirey, 1905, p495

L.311-23-32 ((..... En cas de faillace de Lémprunteur, Seuls les modes (... de réalisation du gage autorisés , par les articles 2346

نقلًا عن الموقع الإلكتروني السابق.

(4). المادة 1301 من القانون المدني العراقي والمادة 1052، من القانون المدني المصري.

ذه الإجراءات القانونية⁽¹⁾. وعليه يعد هذا الاتفاق باطلاً إذا تم عند تكوين عقد الرهن لأن النص جاء صريحاً بأن لا يمكن لعقد الرهن إلغاء هذه الإجراءات القانونية، ومن ثم يكون هذا الاتفاق معدلاً لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المرهون، لذا يكون باطلاً. أما إذا كان هذا الاتفاق قد أبرم في وقت لاحق على إبرام عقد الرهن، فإن الفقه الفرنسي وبعض أحكام المحاكم تنص على أن هذا الاتفاق يعد صحيحاً وأن البطلان لا يلحقه، ومن ثم لا يكون معدلاً لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المرهون، ويُبرر هذا الرأي بالقول بأن الراهن لا يكون بعد إنعقاد عقد الرهن تحت ضغط واستغلال الدائن المرتهن⁽²⁾، إلا أن هذا الرأي قديم ولا ينسجم مع القانون الجديد الصادر في 2011/12/19 الخاص بإجراءات التنفيذ والذي تطبق إجراءاته عند التنفيذ على المال المرهون بموجب المادة 2346. إذ تضمنت المادة 311 فقرة(3) منه على عدم جواز الاتفاق على بيع الدائن العقار المحجوز دون إتباع الإجراءات القانونية المتعلقة بالحجز العقاري⁽³⁾. فبموجب هذا النص لا يمكن الاتفاق على بيع العقار المرهون المحجوز من دون تطبيق الإجراءات القانونية التنفيذية الواردة في هذا القانون، حتى لو كان هذا الاتفاق بعد تكوين عقد الرهن، لكن ما هو الوقت الذي يمنع خلاله حصول هذا الاتفاق بعد إنعقاد عقد الرهن؟

لم ينص القانون المدني العراقي على حكم هذه المسألة، فسي حين أجاز القانون المدني المصري في الفقرة الثانية من المادة 1052 منه الاتفاق على تملك الدائن المرتهن للمرهون بعد حلول أجل الدين المضمون كله أو قسط منه، عند عدم وفاء المدين بالتزامه المضمون، فسي حين لم يتضمن هذا النص حكم وجود الاتفاق على بيع المرهون دون إجراءات. لذلك ذهب الفقه القانوني المصري⁽⁴⁾، إلى سريان حكم الفقرة الثانية من المادة أعلاه على إتفاق بيع المرهون دون إجراءات لتشابه العلة في الاتفاقين، وهي انعدام شبهة إستغلال الدائن المرتهن لحاجة الراهن ولحاجة المدين للاقتراض والاستدانة، إذ أصبح الراهن بعيداً عن الضغط وبإمكانه أن لا يتفق على

(1). (L' article 2346 (... Sans que la convention de gagé puisse y déroger).

(2). J.Mestre, E.Putman et M.Billiau – ouvr – préc –no 856.

(3). سبق الإشارة الى هذه المادة في ص 33 من البحث ، هامش (3).

(4). السنهوري-الجزء العاشر- المصدر السابق -ص425- 426.د. سليمان مرقس - المصدر السابق- ص 135.د. سمير عبد السيد تناغو - المصدر السابق-ص124.د. شفيق شحاته - النظرية العامة للتأمين -الطبعة الثالثة- القاهرة- 1955- ص242- إذ يذكر في هذا الصدد ((أن البيع للدائن وان كان ممتنعاً عند إبرام عقد إبرام أو بعده يصبح جائزاً إذا أبرم بعد حلول أجل الدين أو قسط منه)) أما الدكتور أحمد سلامة- مصدر سابق -ص188 فإنه يذكر ((أن ما أورده المادة 1052/ ف2 صراحة وان كانت خصت به شرط تملك المال عند عدم الوفاء، الا ان حكمها ينطبق من باب أولى على شرط بيع المرهون دون إجراءات إذ الثاني ماهو إلا تطبيق للأول)) ومن يؤيد صحة الاتفاق عند حلول أجل الدين في الفقه الفرنسي J.Mestre, Eputman et M.Billiau, ouvr , préc, no.856. والفقهاء المشار إليهم في هذا الموضوع.

اتفاق الطريق المُمهّد ما دام عقد الرهن قد إنعقد ورتب آثاره وأن الدين المضمون قد حل كله أو قسم منه، وعندها يباع المرهون بالمزاد العلني على وفق الإجراءات المقررة قانوناً ولكن إذا لم يَختر هذا الطريق وإتفق مع الدائن المرتهن على بيع المرهون دون إجراءات بطريقة ودية أو عن طريق المزاد خارج نطاق القضاء فإن هذا الاتفاق يعد صحيحاً. للأسباب التي وردت في أعلاه. كما أنه قد يحقق مصلحة للراهن هي تجنب المصروفات اللازمة لبيع المال في المزايعة العلنية، ويمكن تطبيق هذه الأحكام في نطاق القانون المدني العراقي لجميع الأسباب الواردة في أعلاه، وكذلك للأسباب التي ذكرناها سابقاً عند دراسة هذا الموضوع في نطاق الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون عند عدم الوفاء⁽¹⁾.

هذه هي الأحكام المتعلقة بالاتفاق على بيع المال المرهون دون إتباع الإجراءات القانونية المتعلقة بالتنفيذ على المال المرهون الواجب اتخاذها، وعليه سيكون موضوع المطلب القادم هذه الإجراءات التي يجب على الدائن المرتهن سلوكها لاستعمال حقه في التنفيذ على المال المرهون عند عدم وفاء المدين بالالتزام المضمون.

الإجراءات القانونية المتعلقة بالتنفيذ على المال المرهون:

تنفيذ المدين ألتزامه قد يكون اختياراً وهذا هو الوفاء وهو الطريق الطبيعي لانقضاء الإلتزام، وقد يكون التنفيذ العيني للإلتزام جبراً على المدين وهنا يجب أن يقترن التنفيذ بموافقة السلطة العامة على ذلك⁽²⁾، وتختلف وسائل التنفيذ الجبري فكثيراً ما يكون عن طريق إجبار المدين على تنفيذ الإلتزام بعينه عن طريق السلطة العامة، وقد يقوم الدائن بتنفيذ الإلتزام بعينه عن طريق السلطة، وقد يقوم الدائن بتنفيذ الإلتزام على نفقة المدين إذا كان تدخل المدين الشخصي غير ضروري في هذا التنفيذ و بموافقة القضاء، وقد يقوم حكم المحكمة مقام التنفيذ الجبري في حالات أخرى إذا سمحت طبيعة الإلتزام بذلك، وقد يتكفل القانون ذاته بإجراء التنفيذ العيني فتنتقل ملكية العين المعنية إلى الدائن بحكم القانون في الإلتزام بنقل الملكية، وهناك وسيلتان أخريان لتنفيذ العين هما الإكراه البدني والتهديد المالي⁽³⁾. ولكن هذه الوسائل المتعددة للتنفيذ الجبري لا تعطي الحرية المطلقة للدائن في اختيار احداها، وإمّا القانون قد حدد شروطاً معينة وموافقة القضاء للحصول على إحدى هذه الوسائل التي تمكنه في التنفيذ الجبري. وكذلك الأمر فإن القانون قيد الدائن المرتهن في استعمال حقه للتنفيذ على المال المرهون وذلك بوجود اتخاذ الإجراءات التي رسمها القانون لذلك.

(1). ص 14-15 من البحث.

(2) Alain Bénabent ,ouvr, préc, no.895

(3) د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - الجزء الثاني - نظرية الإلتزام بوجه عام - الطبعة الثالثة الجديدة - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - 2000-ص799-800. في التنفيذ الجبري - القانون المدني العراقي المواد 246-259، وفي القانون المدني المصري المواد 203-233 وفي القانون المدني الفرنسي المواد 1142-1147منه.

لذا نتناول أولاً لإجراءات التنفيذ على المرهون على وفق القانونين العراقي والمصري، ثم نتطرق لإجراءات التنفيذ على المرهون على وفق القانون الفرنسي.

إجراءات التنفيذ على المرهون على وفق القانونين العراقي والمصري:

لا تُعطى للدائن المرتهن الحرية المطلقة في استعمال حقه في التنفيذ على المال المرهون عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون، فالقانون قيد المرتهن في اللجوء للإجراءات المحددة قانوناً التي تكفل تحقيق الرهن، عن طريق بيع المال المرهون في المزاد العلني لاستحصال حقه من ثمن هذا المال⁽¹⁾. وقد علمنا أن أي اتفاق يُعدّل هذا الحق يُعد باطلاً، فحق الدائن المرتهن في التنفيذ ليس مطلقاً. ولا ينقضي حق الرهن بمجرد رسو المزايدة، وإنما بإيداع الثمن الذي رست به المزايدة صندوق المحكمة لتتولى توزيعه على المستحقين، وهنا تنتقل ملكية المال المرهون إلى الراسي عليه المزاد ولكن ليس أكثر مما كان للمدين المنزوعة ملكيته⁽²⁾.

وقد أشار القانون المدني إلى أن العقد في المزايدات لا يتم إلا برسو المزايدة⁽³⁾. وقد جاء في قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980 الخاص بالمزايدة الجبرية بأن المشتري لا يعد مالكا للعقار إلا إذا قام بتسديد البدل ورسوم التسجيل ومصاريفه، إذا انتهت مدة عشرة أيام الممنوحة للمدين بموجب الفقرة الثالثة من المادة (97)⁽⁴⁾.

والإجراءات المطبقة على المزايدة المذكورة في أعلاه، تخضع وفقاً للقانون المصري لأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 13 لسنة 1968 المعدل من المادة 401 ولغاية المادة 458 منه الخاصة بالتنفيذ على العقار المرهون، فعلى وفق المادة 401 يبدأ التنفيذ بإعلان التنبية بنزع ملكية العقار إلى المدين لشخصه أو لموطنه مشتملاً على البيانات الرئيسة التي تتعلق بالسند التنفيذي ووصف العقار المرهون وصفاً دقيقاً وبيان موطن الدائن المباشر للإجراءات التنفيذية،

(1). إذ جاء في المادة 1316/1 ف من القانون المدني العراقي ((إذا حل الدين الموثق بالرهن التأميني ولم يوف، جاز للمرتهن دون حاجة للحصول على حكم أن يقدم سند الرهن التأميني إلى الدائرة المختصة، وأن يطلب بيع العقار المرهون وفقاً للإجراءات المقررة في البيوع الجبرية وفقاً لقانون التنفيذ...)).

(2). وهذا ما جاءت به المادة 1316/2 ف من القانون المدني العراقي ((وإذا بيع العقار المرهون بالمزايدة العلنية، سواء كان ذلك في مواجهة الراهن أو الحائز، فإن الحقوق المسجلة على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رست به المزايدة في صندوق المحكمة...)) وهذه الأحكام تقابلها في القانون المدني المصري المادة 1084 منه. و. قرار محكمة النقض المصرية رقم 543 في 1981/1/6 نقلاً عن د. أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية - منشأة المعارف - الإسكندرية - 2000 - ص 771-772، هامش رقم (1).

(3). إذ جاء في م (89) منه: (لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزايدة ويسقط العطاء بعطاء أزيد ولو وقع باطلاً أو بأقفال المزايدة دون أن ترسو على أحد. هذا مع عدم الإخلال بالأحكام الواردة في القوانين الأخرى).

(4). وهذا ما جاءت به المادة 102 الفقرة الثانية من هذا القانون.

فإذا لم تشتمل ورقة التنبيه على احد هذه البيانات كان التنبيه باطلاً. وإذا كان التنفيذ على عقار مرهون مملوك لغير المدين يجب إعلان التنبيه للراهن بعد تكليف المدين بالوفاء. وتستمر المواد من المادة 402 ولغاية المادة 413 تبين الأحكام الخاصة بإجراءات التنبيه بنزع ملكية العقار المرهون، وكيفية إنذار الحائز بدفع الدين أو تخليته وإلا يجري التنفيذ في مواجهته، وكذلك تبين أحكام تسجيل كل من التنبيه والإنذار في مكاتب الشهر التي تقع في دائرتها العقارات المبينة في التنبيه أو الإنذار.

أما قائمة شروط بيع العقار وكيفية الاعتراض عليها فخصت لها المواد من المادة 414 ولغاية المادة 425 من هذا القانون. إذ يوجب على من يباشر الإجراءات أن يودع قلم كتاب محكمة التنفيذ قائمة شروط البيع خلال تسعين يوماً من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية وإلا عدّ تسجيل التنبيه كأنه لم يكن، ويجب أن تتضمن تلك القائمة البيانات الرئيسة التي تتعلق بالسند التنفيذي وتاريخ التنبيه والإنذار والأوصاف الدقيقة للعقار المرهون وشروط البيع مع بيان الثمن⁽¹⁾. وكذلك إجراءات بيع العقار المرهون فخصص لها القانون عشرين مادة وذلك من المادة 426 ولغاية المادة 445. وجاءت المواد 446 ولغاية المادة 451 متضمنة كيفية إصدار حكم إيقاع البيع، وأخيراً المواد 452 ولغاية المادة 458 مخصصة لأحكام إنقطاع الإجراءات والحلول ودعوى الاستحقاق الفرعية.

إما إذا كان المال المرهون من الأموال المنقولة، فإن إجراءات التنفيذ تخضع للمواد 353 ولغاية المادة 400 من هذا القانون المتعلقة بالحجوزات التنفيذية الخاصة بحجز المنقول لدى المدين وكيفية بيعه وحجز الأسهم والسندات والإيرادات والحصص وكيفية بيعها. أما في القانون العراقي فإن إجراءات حجز المنقول وبيعها يخضع لأحكام المواد 63 ولغاية المادة 81 من قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980 المعدل، ولكن يشترط على وفق هذا القانون لجواز بيع الأموال المنقولة والعقارية المرهونة لصالح دين، أن تزيد قيمتها على الدين المضمون وأن يطلب صاحب المدين العادي بيعها ويشترط أن لا تقع المزايدة عليها بمبلغ يقل عن الدين المضمون⁽²⁾. فالمواد 63 لغاية 70 مخصصة لإجراءات الحجز على المنقول، أما المواد 71 لغاية 74 فتضمنت الأحكام المتعلقة بإجراءات البيع، وأخيراً خصص المواد 75 لغاية 81 لإجراءات حجز ما للمدين لدى الغير. وخول هذا القانون المنفذ العدل أو من ينيبه من موظفي دائرته، بتنفيذ قرار

(1). تفصيل تلك البيانات المادة 414 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1968 المعدل.

(2). نصت المادة 107 من قانون التنفيذ : ((يجوز بيع الأموال المرهونة المنقولة والعقارية تأميناً لدين إذا تبين إن قيمتها

تزيد على الدين المؤمن وطلب صاحب الدين العادي بيعها ويشترط في ذلك :

أولاً : بأن لا تفتح المزايدة عليها بمبلغ يقل عن الدين المؤمن.

ثانياً : أن يدفع عند تمام البيع إلى صاحب الدين الممتاز حقوقه أولاً ثم يدفع الباقي الى صاحب الدين العادي.

حجز أموال المدين المنقولة ووفقاً للإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون⁽¹⁾. أما إذا كان المال المرهون عقاراً، فإنه وفقاً للمادة 1301 من القانون المدني العراقي يجب إتباع الإجراءات القانونية في التنفيذ عليه من قبل الدائن، وقد أكدت المادة (1310/ف1) مرة أخرى على ذلك بنصها ((أذا طلب بيع العقار وجب أتباع الإجراءات المقررة في البيوع الجبرية وفقاً لقانون التنفيذ...)) وذلك بمناسبة إجراءات تطهير العقار المرهون من الحقوق العينية التي تثقله، وهذا يعني أنه على وفق المادتين (1301 و 1310/ف1) أن يبيع العقار المرهون يجب ان يكون وفقاً لأحكام قانون التنفيذ، وأياً كان المال المرهون في حيازة الراهن المدين أو الكفيل العيني أو في يد الحائز.

ومع ذلك فإن الأحكام المتقدمة قد قيّدت بالمادة (185) من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 المعدل الذي أوجب تطبيق أحكام قانون التسجيل العقاري على بيع العقار المرهون رهناً حيازياً أم تأمينياً وإجراءات المزايدة، أما الحالات التي لم تنظم من هذا القانون فيتم الرجوع فيها إلى أحكام قانون المرافعات وقانون التنفيذ⁽²⁾. لذا فإن نص المادة (1310/ف1) لا يستقيم بوجود هذه الأحكام، إلا إذا تم تعديله برفع عبارة (قانون التنفيذ) والاكتفاء بعبارة ((الإجراءات المقررة في البيوع الجبرية)) كما هي واردة في النص الذي يقابل هذه المادة في القانون المدني المصري⁽³⁾. وقد بدأ قانون التسجيل العقاري بهذه الإجراءات في المادة 161 منه ، حيث تضمنت على إختصاص دائرة التسجيل العقاري المختصة ببيع العقارات المثقلة برهن أو ما هو بحكمه أو حق امتياز بناء على طلب تحريري من الدائن المرتهن بتحصيل دينه وملحقاته إذا كان مستحق الأداء⁽⁴⁾. وحددت المادة 162 منه القرارات التي لرئيس التنفيذ اتخاذها بشأن المزايدة وإجراءاتها. إذ جاء فيها :

- يتخذ رئيس الدائرة القرارات التي لرئيس التنفيذ اتخاذها بشأن المزايدة وإجراءاتها ولا تقبل الطعن بها عدا الطعن بطريق الاعتراض لدى مدير التسجيل العقاري سواء كان القرار صادر منه أو من رئيس الدائرة التابعة له وللمدير إلغاء القرار أو تعديله أو تبديله.

(1).المادة (63) من قانون التنفيذ.

(2).إذ جاء في المادة 185 ((تطبق أحكام قانون المرافعات المدنية وقانون التنفيذ على إجراءات البيع بالمزايدة فيما لم يرد به نص بهذا القانون)).

(3). وتقابلها في القانون المدني المصري المادة 10069 /ف1 إذ جاء فيها ((إذا طلب بيع العقار وجب أتباع الإجراءات المقررة في البيوع الجبرية...)).

(4). وقد أيد ذلك قرار الهيئة التمييزية في رئاسة استئناف بغداد / الرصافة الاتحادية رقم 205 / ت / 2008 في 2008/9/9 عندما ذكر ((أن يبيع العقار المثقل بالرهن التأميني يكون وفقاً لقواعد التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 المعدل، المادة 161 منه)) . في ذلك : مجلة التشريع والقضاء / العدد الأول / كانون الثاني - شباط - آذار / 2009 / ص198-199.

- يجوز تمييز القرار الصادر بعد الاعتراض من مدير التسجيل العقاري لدى محكمة التمييز خلال سبعة أيام من تاريخ صدوره وقرارها بذلك يكون واجب الأتباع. - لا يقبل الاعتراض على قرارات رئيس الدائرة بعد تسجيل العقار باسم المشتري ولا يخل ذلك بحق ذوي العلاقة في مراجعة المحكمة المختصة)). وحددت المادة 163 من قانون التسجيل العقاري وجوب تسديد الدين المضمون خلال مدة معينة وحددت كيفية تبليغ الراهن بتأدية الدين، إذ جاء فيها :

- يبلغ الراهن بلزوم تأدية الدين وملحقاته خلال ثلاثة أيام تبدأ من اليوم الذي يلي التبليغ في محل الإقامة المختار من قبله في سجل الرهن ويعتبر هذا المحل ملزماً للراهن لهذا الغرض ما لم يقيم بأشعار الدائرة بصورة رسمية بتغييره.

- تنظم ورقة التبليغ بنسختين تحتوي على رقم التسلسل أو القطعة والمقاطعة وموقع العقار واسم الدائن المرتهن واسم المطلوب تبليغه وسجل الرهن ومقدار الدين)). وخصصت المواد من 164 ولغاية 170 لإجراءات التبليغ والمواد 171 لغاية 182 لإجراءات المزايدة والإحالة القطعية. وأوجبت المادة 183، الفقرة الأولى منها على دائرة التسجيل العقاري المختصة إشعار رئاسة التنفيذ لتسليم العقار المبيع إلى المشتري (الراسي عليه المزاد) خالياً من الشواغل بعد تسجيله باسمه مع مراعاة القوانين النافذة. أما الفقرة الثانية من هذه المادة فأنها ألزمت تزويد الدائن المرتهن بوثيقة لما بقي له من الدين وملحقاته بعد بيع العقار المرهون لتحصيله على وفق أحكام القانون. بعدها يصدر رئيس دائرة التسجيل العقاري قراراً بتوزيع بدل المبيع على أصحاب الديون المتحققة على العقار المبيع في دائرته على وفق القواعد المقررة قانوناً ويكون قراره خاضعاً لطريق الطعن تمييزاً على وفق أحكام المادة 162 من قانون التسجيل العقاري⁽¹⁾، التي سبقت الإشارة إليها.

إجراءات التنفيذ على المرهون وفق القانون الفرنسي:

تنظم إجراءات التنفيذ على المال المرهون في القانون الفرنسي بموجب أحكام قانون إجراءات التنفيذ المدنية رقم 2011/1895 في 2011/12/19 وهي الإجراءات الواجب اتخاذها لإجبار المدين على تنفيذ التزامه تجاه دائنيه واتخاذ الإجراءات اللازمة بحماية حقوقه وضمان تحصيلها، وهذا ما قضت به المادة 111 الفقرة الأولى منها المتعلقة بالمبادئ العامة لهذا القانون⁽²⁾.

(1). هذا ما جاءت به المادة 184 من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 المعدل.

(2). - L'article L111-1 code des procédures civiles d'exécution ((Tout créancier peut dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard. tout créancier peut pratiquer une mesure conservatoire pour assurer la sauvegarde de ses droits

((....

واشترطت الفقرة الثانية من هذه المادة أن يكون للدائن سند تنفيذي يدل على ديونه المستحقة والواجبة السداد عندها يتم الشروع في إجراءات التنفيذ على ممتلكاته على وفق الشروط المحددة في هذا القانون⁽¹⁾. وجاءت المادة 221، الفقرة الأولى منها لبيان الإجراءات الواجب إتخاذها للحجز على الأموال المنقولة، إذ ذكرت بأن الدائن بالسند التنفيذي له الحق في الحجز على أموال المدين المنقولة لصالح ديونه المستحقة والواجبة السداد بناء على أمر من المأمور بالتنفيذ أو قاضي التنفيذ لتنفيذ إجراءات الحجز وبيع هذه الأموال⁽²⁾. وقد أشارت ذات المادة في فقرتها الثالثة إلى أن البيع الجبري لممتلكات المدين المحجوزة في المزاد العلني يقام خلال شهر واحد من تاريخ الحجز ويستطيع المدين أن يقوم خلال هذه المدة بتسديد الدين⁽³⁾⁽⁴⁾. وهذا ما أكده في إجراءات الحجز على العقارات، إذ ذكر بأن بيع العقار يجب أن يتم في المزاد العلني وبحضور القاضي المختص على وفق الفقرة الخامسة من المادة 322 من قانون إجراءات التنفيذ المدنية⁽⁴⁾. وأشارت الفقرة السادسة منها إلى أنه لا يمكن بيع العقار من قبل طالب التنفيذ وفقاً

نقلاً عن الموقع الالكتروني

www.legifrance.gouv.fr/affich_code.do?

(1). **L'article L 111-2 ((Le créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut en poursuivre l'exécution forcée sur les biens de son débiteur dans les conditions propres à chaque mesure d'exécution.))**

نقلاً عن الموقع الالكتروني السابق

(2). **L'article L 221-1 ((tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut , après signification d'un commandement , faire procéder à la saisie et à la vente des biens meubles corporels appartenant à son débiteur.)) (... ,**

نقلاً عن الموقع الالكتروني السابق

(3). **L'article L221-3 ((La vente forcée des biens a lieu aux enchères publiques à partir d'un délai d'un mois à compter du jour de la saisie pendant lequel le débiteur peut procéder à une vente amiable dans les conditions prévues au présent article.)) (... ,**

نقلاً عن الموقع الالكتروني السابق

(4). **L'article L 322-5))L'adjudication de l'immeuble a lieu aux enchères publiques à l'audience du juge**

للقيمة التقديرية إلا على وفق إجراءات المزايمة العلنية⁽¹⁾. وطبقاً للفقرة التاسعة من هذه المادة على الراسي عليه المزاد أن يودع الثمن الذي رست به المزايمة والتكاليف الأخرى في صندوق الإيداع وفقاً لعملية البيع في المزاد العلني⁽²⁾. ويتم توزيع الثمن على الدائنين أصحاب الحقوق العينية المسجلة حسب شروط الحجز المشار إليها في هذا القانون وحسب تواريخ استحقاقاتهم في القانون المدني وهذا ماتضمنته الفقرة الأولى من المادة 331 من هذا القانون⁽³⁾. ووفقاً للمادة 334، الفقرة الأولى منها إذا لم يكن الثمن لجميع الحقوق المسجلة فإنه يوزع على أصحابها حسب تاريخ سندهم وحسب الأقدمية في التسجيل⁽⁴⁾.

يتضح من بيان الإجراءات التنفيذية الواجب إتباعها من قبل الدائن المرتهن للتنفيذ على المال المرهون، بأن هذه الإجراءات تعد تعقيداً وتقييداً لحق الدائن في التنفيذ على المال المرهون والاستفادة من قيمة المال المحمل بالرهن للحصول على حقه المرتب في ذمة مدينه⁽⁵⁾. لذا يحاول الدائن المرتهن الخروج عن هذا التنظيم بالإتفاق على بيع المرهون من دون المرور بهذه الإجراءات لتسهيل حصوله على نتيجة الرهن بأسرع وبأسهل طريقة يراها مناسبة من دون النظر لمصلحة الراهن مالك المرهون ومصلحة الدائنين الآخرين أو يتفق مع الراهن على تملك المرهون عند عدم الوفاء، كما رأينا في المطلب الأول الأمر الذي قد يضر بالراهن أو الدائنين الآخرين لذا منع القانون مثل هذه الاتفاقات وعدها باطلة. ومع ذلك، فإن المشرع في القوانين المقارنة أجاز تملك الدائن المرتهن للمرهون أو بيع المرهون دون إجراءات لأسباب عديدة، منها تتعلق بطبيعة المال المرهون أو الحفاظ على مصلحة طرفي الرهن بحيث لا يلحق الضرر بالراهن مالك المال المرهون أو بالدائنين الآخرين أو تتعلق بتحقيق مصلحة حائز العقار المرهون.

نقلًا عن الموقع الالكتروني السابق.

(1). L'article 322-6 ((.....To Tutefois , à défaut d'enchère , le poursuivant ne peut être declare adjudicataire que pour la mise à prix initiale.))

نقلًا عن الموقع الالكتروني السابق.

(2). L'article 322-9 code des procédures civil d'exécution .

(3). L'article 331-1 code des procédures civil d'exécution .

(4). L'article 334-1 code des procédures civil d'exécution .

(5). J.Mestre , E.putman et M.Billiau , Traité de droit civil, Droit Commun des

sûreté réelles Théorie générale, J.Ghestin , L.G.D.J. 1980, no.473

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: كتب التفسير

(1) المصطفوي التحقيق في كلمات القرآن الكريم ، المجلد الثالث 2007 م

ثالثاً: كتب الفقه:

- (1) أحمد بن المرتضى ، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، 4 ج نشر الخانجي سنة 1949م.
- (2) أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، 79/4، الطبعة الأولى 1949م.
- (3) أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي ، البهجة في شرح التحفة ، دار المعرفة ، الدار البيضاء، 1998م.
- (4) ابي يحيى زكريا الانصاري ، السنن المطالب، شرح روض الطالب، ، 280/2
- (5) ابن عابدين كشاف اصطلاحات الفنون للتهاوني ، رد المحتار على الدر المختار
- (6) ابي القاسم عبد العزيز بن اسحاق بن جعفر البغدادي، كتاب مجموع الفقه عن الامام الشهيد ابي الحسين زيد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب، طبعة ميلانو
- (7) عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الاربعة ، ط 6.
- (8) مجد الدين الموصللي ، الاختيار لتعليل المختار ، 18/3، طبعة صبيح 1961م.
- (9) الإمام محمد بن إدريس الشافعي كتاب الام رواية الربيع بن سليمان، المطبعة الاميرية، 1321، 132/7
- (10) الإمام مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ، رواية سحنون، طبعة الساسي، 1323هـ
- (11) مجد الدين الموصللي الاختيار لتعليل المختار ، تحقيق الاستاذ محي الدين عبد الحميد، طبعة صبيح.
- (12) محمد بن حسن الشيباني، الجامع الكبير، تحقيق أبي الوفا الأفغاني، أوفست دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 2 ، 1399 هـ

(31). محمد ابن معجوز : « الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي 2008 م.

(41). علي الخفيف ، الشركات في الفقه الإسلامي للشيخ ، طبعة 1962م

رابعاً: كتب اللغة:

- (1) أحمد محمد بن علي الفيومي ، المصباح المنير ، مكتبة لبنان ، 1987م
- (2) ابن عابدين، الدر المختار ، دار عالم الكتب، الرياض، ج4.
- (3) جمال الدين ابي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري الافريقي المصري ، لسان العرب، الجزء الثالث ، راجعة عبد المنعم خليل ، دار الكتب العلميق ، بيروت - لبنان ، 1998م.

خامساً: كتب القانون

- (1) أحمد محرز، اندماج الشركات من الواجهة القانونية، دار الكتب القانونية، 2011م، القاهرة، مصر.
- (2) أحمد محمود حسني، قضاء النقص التجاري، المبادئ التي قررتها محكمة النقض في ثمانين وستين عاماً، 1931م-1999م منشأة المعارف في الإسكندرية، سنة 2000 م.
- (3) أحمد الزرقا- المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية - الجزء الأول - الطبعة الثالثة - مطبعة الجامعة السورية .
- (4) إبراهيم بحماني: «تنفيذ الأحكام العقارية، دراسة قانونية في التبليغ والتنفيذ معززة بالفقه والاجتهاد القضائي في فرنسا ومصر والمغرب وبقرارات حديثة لم تنشر بعد، وقد ألحق بها نصوص قانونية لها علاقة بالموضوع». الطبعة الأولى: 2001م.
- (5) أحمد نويضي: القضاء المغربي وإشكالات التنفيذ الجبري للأحكام، مطبعة الكتاب، فاس، الطبعة الأولى، 1995م.
- (6) احمد أبو الوفا: إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة السادسة: 1987م.
- (7) أبو ذر الغفاري بشير عبد الحبيب، اسس قانون الشركات، ط2، 2006م، شركات مطابع السودان للعملة المحدودة.
- (8) د. إبراهيم محمد أحمد دريج، الشركة - الشراكة، ط4، 2012م.
- (9) إبراهيم الدسوقي أبو الليل - البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية - دراسة تحليلية تطبيقية لنظرية الأنقاص - مطبوعات جامعة الكويت -1988م.
- (10) أبو زيد رضوان، شركة المساهمة والقطاع العام، دار النهضة العربية، مصر 1981م .
- (11) أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن، دار الفكر العربي سنة 1976م.
- (12) الياس تعيف، الشركات التجارية، الجزء الثاني، منشورات البحر الأبيض، بيروت 1982م.
- (13) أسامة أحمد شتات، الشركات المساهمة والتجارية، دار الكتب القانونية، 2005م.
- (14) أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006م.
- (15) أمينة ناعمي ومحمد الهيني: «القواعد الموضوعية والإجرائية للرهن الرسمي الإجمالي فقهاً وقضاء، مقاربة نظرية وعملية لرفع الغموض القانوني عن مؤسسة الرهن الرسمي الإجمالي». الطبعة الأولى: 2010، منشورات مركز قانون الإلتزامات والعقود بكلية الحقوق بفاس.
- (16) جيمس بي. أركباور مع رون شولتز، الاكتتاب، ترجمة ليلي زيدان ومراجعة، 1998م.
- (17) هاني محمد دويدار، نظرية احتكار المعرفة التكنولوجية بواسطة السرية، دارالجماعة الحديثة للنشر، الإسكندرية، 1996م.

- (18) زكرياء الرجراجي: «منازعات حجز العقاري». منشورات مجلة الحقوق المغربية، سلسلة «الدراسات والأبحاث»، العدد الثالث، يناير 2012، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الرباط.
- (19) د. حسام الدين عبد الغني، النظام القانوني لاندماج الشركات، دار الفكر الجامعي، مصر، د.د.ت.
- (20) حسن علي الذنون، أحكام الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1952 م
- (21) حسن قصابوي: «محاضرات في التنفيذ المدني». جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والاجتماعية، طنجة، السنة الجامعية: 2011-2012م.
- (22) حسين عبد اللطيف حمدان: التأمينات العينية دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن و التأمين و الامتياز.
- (23) طاهر شوقي مؤمن، الاستحواذ على الشركة، دراسة نظرية وتطبيقية، دار النهضة العربي، ش عبد الخالق ثروت، القاهرة، 2009م.
- (24) ثروت عبد الرحيم، شرح القانون المصري الجديد، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، 2000م.
- (25) صبحي المحمصاني - محاضرات في القانون المدني الجديد - الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام - مطبعة نهضة مصر - 1958م.
- (26) شمس الدين أبو بكر محمد السرخسي المبسوط، ج11، دار المعرفة بيروت
- (27) عبد السلام ذهني، مذكرات في القانون التجاري، التجارية، العقود التجارية - الشركات التجارية، مطبعة عبد الله وهبي، سنة 1923م.
- (28) عبد الرحمن السيد قرمان، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010م.
- (29) عبد العزيز عزت الياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، منشورات وزارة الاوقاف، الاردن، 1390هـ.
- (30) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، شرح القانون المدني للدكتور ج 5، طبعة سنة 1962م
- (31) عبد السلام أحمد فيغو، «العقود المدنية الخاصة في القاون المغربي»، دار الامان - الرباط الطبعة الاولى لسنة 2008م.
- (32) عبد المجيد الحكيم، أحكام الالتزام، الأهلية؛ بغداد، 1967م.
- (33) علي مظفر حافظ - شرح قانون التنفيذ - طبعة منقحة - مطبعة العاني - بغداد - 1974م.
- (34) عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - الجزء الثاني - نظرية الالتزام بوجه عام- الطبعة الثالثة الجديدة - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - 2000م
- (35) عبد الفضيل محمد، حماية الأقلية من القرارات التعسفية الصادرة عن الجمعية العامة للمساهمين، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الأولى، 1986م.

- (36) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004م.
- (37) عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - الجزء الرابع - الطبعة الثالثة الجديدة- منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان، 2000م.
- (38) عبد السلام بناني وحسن الفاكهنسي وآخرون، التعليق على قانون المسطرة المدنية المغربي في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الثاني، إصدار الدار البيضاء العربية للموسوعات، القاهرة، بالإشتراك مع الشركة الجديدة، دار الثقافة - الدار البيضاء ، الطبعة الأولى 1983م.
- (39) عبد المنعم البدرأوي - النظرية العامة للالتزامات - دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري - الجزء الثاني- دار النهضة العربية للطباعة والنشر 2007م.
- (40) عبد العزيز توفيق : « التشريع العقاري والضمانات » ، مكتبة الرشاد، سطات، الطبعة الأولى سنة 1433 - 2012م.
- (41) عبد الخالق أحمدون ، « الوجيز في الملكية العقارية والضمانات العينية، الجزء الاول .
- (42) علي هادي العبيدي ، « الوجيز في شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الطبعة 2010م.
- (43) علي حيدر : « درر الحكام شرح مجلة الأحكام »، المجلد الثاني- دار الجيل- لبنان - الطبعة الأولى لسنة 1991م.
- (44) علي البارودي ، د. محمد فريد العربي ، القانون التجاري ، دار المطبوعات الجامعية ، 1986م.
- (45) علي حسن يونس الشركات التجارية ، شركات المساهمة والتوصية بالاسهم في القطاعين العام والخاص ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1957م.
- (46) د. علي البارودي ، مبادئ القانون التجاري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية .د.ت.
- (47) علي سيد قاسم ، تسوية اتفاق التحكيم ، دراسة في أحكام القضاء وقرارات المحكمين، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000م .
- (48) علي حسن يونس ، الشركات التجارية ، الطبعة 1957م.
- (49) فائز نعيم رضوان، الشركات التجارية وفقاً للقانون الاتحادي رقم 8 لسنة 1984م المعدل بمقتضى القانون الاتحادي رقم 13 لسنة 1988م للدولة الامارات العربية المتحدة، ط1، 1999م، مطابع البيان التجارية، دبي.
- (50) سميحة القليوبي، الشركات التجارية، النظرية العامة للشركات وشركات الأشخاص، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة 1992م.
- (51) سميحة القليوبي ، الشركات التجارية ، ط3 ، دار النهضة العربية، مصر ، 2008م.
- (52) سميحة القليوبي ، الشركات التجارية ، ج2 ، ط3 ، دار النهضة العربي ، القاهرة ، 1993م.
- (53) سامي محمد الخراشة ، النظام القانون لشركات المساهمة الخاصة ، دار البشير ، عمان ، 2005م.

- (54) سامي النصاروي والقاضي قيس سلمان السالم ، ضمان المسؤولية المدنية عن فعل الغير ، دار الطباعة الحديث عشار ، البصرة ، بدون سنة.
- (55) رفعت السيد العريفي ، د. إسماعيل علي بسيوني ، الدمج واستحالات الإستراتيجية بين الشركات في الدول العربية ، المنظمة العربية للتنمية الإدارية القاهرة . 2005م.
- (56) ريبير ور روبلو ، المطول في القانون التجاري ، المجلد الأول، (التجارة ، محاكم التجارة ، الملكية الصناعية ، المنافسة)، ترجمة منصور القاضي ، ط1 ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 2007م.
- (57) رمضان محمد أبو السعود/ همام محمد محمود زهران: التأمينات الشخصية و العينية دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية.
- (58) ريماء فرج مكي، تصحيح العقد- دراسة مقارنة- الطبعة الأولى - المؤسسة الحديثة للكتاب - لبنان، 2008 م .
- (59) خلدون الحمداي ، الآثار القانونية لإندماج الشركات علي حقوق الدائنين ، دار شتات للنشر، د.ت.
- (60) محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ، القاهرة 1957م.
- (61) محمد صالح بك ، شركات المساهمة في القانون المصري والمقارن ومشروع قانون الشركات الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، سنة 1949
- (62) محمد صالح ، شرح القانون التجاري ، بدون دار نشر ، ج 1 ، ط 4 ، سنة 1938م.
- (63) محمد بهجت عبد الله فايد، الشركات التجارية، النظرية العامة للشركة، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1997م.
- (64) مصطفى كمال طه ، الشركات التجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2006م.
- (65) منير محمد الجهيني وممدوح محمد الجهيني ، الدفع التجاري «الدفع الاجرائية والموضوعية» دار الفكر العربي 2004م.
- (66) محمد بن حسن الشيباني، الجامع الكبير، تحقيق أي الوفا الأفغاني، أوفست دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2 ، 1999م.
- (67) مصطفى كمال طه ، القانون التجاري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1982م.
- (68) مجيد حميد العنبيكي ، الشركات في القانون الانكليزي، مكتبة عدنان ، شارع المتنبى ، بغداد، 2004م.
- (69) مصطفى طه ، القانون التجاري ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1982م.
- (70) محمد جمال الدين زكي : « التأمينات الشخصية والعينية » دار الكتاب - الطبعة الثالثة لسنة 1979م.

- (71) محمد بونبات : « في الحقوق العينية » ، مطبعة وراقاة الوطنية - مراكش - الطبعة الاولى 2002م.
- (72) محمد سلام ، « تحقيق الرهن الرسمي في القانون المغربي». مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 2002م.
- (73) محمد سلام مذكور - المدخل للفقهاء الإسلاميين - الطبعة الأولى - القاهرة - دار النهضة العربية - 1960م.
- (47) مأمون الكزبري : « التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الثاني، الطبعة الثانية 1978م.
- (75) فايز أحمد عبد الرحمان: «التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية». دار المطبوعات الجامعية، طبعة: 2006م
- (76) فتحية محمود قرة، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض الدائرة المدنية في خمس سنوات 79 - 1984 - الجزء الأول - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - 1984م.
- (77) ياسر باسم ذنون ، و م- عرفان حمد خالد ، الدعوى الخاصة بمسؤولية أعضاء مجلس الإدارة والمديرين عن ديون الشركة المساهمة الخاصة المفلسة وآثارها ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الرابع ، السنة الأولى ، 2009م.
- (78) يوسف افريل: «الرهن الرسمي العقاري. (ضمانة بنكية للدائن المرتهن)، دراسة معمقة معززة بالإجتهد القضائي المغربي والمقارن». الطبعة الأولى، بدون ، 2011م.
- (79) سادساً: القوانين:
- (80) قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966
- (81) قانون الشركات السعودي
- (82) قانون الشركات الانجليزي لسنة 1985
- (83) قانون التجارة العراقي رقم 149 لسنة 1970
- (84) قانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981 .
- (85) قانون الشركات السوداني لسنة 1925
- (86) قانون الشركات لسنة 2015م.

سابعاً: الرسائل الجامعية:

- (1) أحمد يوسف عبده الشحات، ممارسة الشركات دولية النشاط في مجال التكنولوجيا وتطور الاقتصاديات، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى جامعة طنطا، سنة 1990م.
- (2) أحمد نعمة العادلي ، وسائل دفع المسؤولية المدنية في القانون الخاص ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة النهريين ، 2008 م

- (3) إبراهيم الدبو ، الآثار المترتبة على الشركة في الدين ، بحث في مجلة كلية الشريعة في جامعة بغداد ، العدد الخامس ، 1979م.
- (4) لينا حسن زكي، الممارسات المقيدة للمنافسة والوسائل القانونية اللازمة لمواجهتها، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة حلوان، القاهرة، 2004م.
- (5) محمد شوقي شاهين، الشركات المشتركة، رسالة دكتوراه قدمت إلى جامعة القاهرة سنة 1978م.
- (6) عصام الدين، النظام القانوني للاستثمارات الأخذ بالنمو، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس، سنة 1972م.
- (7) خالد العازمي، الآثار القانونية لإندماج الشركات علي حقوق الدائنين والشركاء ، رسالة دكتوراه، القاهرة ، 2004م ، ص 15.
- (8) خالد عثمان ، الشخصية الاعتبارية للشركة ماهيتها - آثارها - أسباب إنقضاءها، رسالة ماجستير، جامعة النيلين ، 2005م.
- (9) حماد، محمد علي، اندماج الشركات وفقا لقانون الشركات الأردني، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، (1996م)
- (10) خالد عياد العازمي، الآثار القانونية لاندماج الشركات علي حقوق الدائنين والشركات ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ، 2004م.
- (11) محمود مختار بربري - الشخصية المعنوية للشركات التجارية ، دراسة مقارنة دار الفكر العربي سنة 1985م.
- (12) علي ضاري ، التنظيم القانوني للشركة القابضة ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد ، 2006م.
- (13) نواف علي خليف ، مسؤولية الشركة الأم عن ديون شركاتها الوليدة ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بابل ، 2009م.
- (14) عمار حبيب جهلول ، النظام القانوني لحوكمة الشركات ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة النهدين ، 2008م.
- (15) مصطفى كمال وصفي ، المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة في الشركة المساهمة في القانون المصري والمقارن ومشروع قانون الشركات التجارية ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة فؤاد الأول 2000م.
- (16) يونس سوساني: «آثار الرهن الرسمي العقاري بالنسبة للدائن المرتهن والحائز. (على ضوء التشريع المغربي والمقارن). رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، وحدة القانون المدني والأعمال، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة،

(17) عبد العزيز المرسي حمود- نظرية إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري- دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة - اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق- جامعة عين شمس .

ثامناً:الكتب الإنجليزية:

- (1) Pierre crocq – propriété garantie- M.Gobert- L.G.D.J – 1995 – no.269.
- (2) M.planiol et G.Riepert – Traité partique de droit – XII- E.Becqué –L.G.D.J -1953
- (3) Hemard (J), societies commerciales, deai et procedure d’opposition, ed 1974 p696–699.
- (4) Well , Sweet & Max, implementing a Scheme of Arrangement for a Bermudion Reinsurance Com- pany in Liquidation, international insurance Law Review, London, 1993
- (5) Keenan. Company Law, 10th edition , Pitman , 1996, p, 43.
- (6) Morse et al, Charlesworth & Morse company Law, 16th edition , Sweet & Maxwell , London , 1999,, p.594.
- (7) Brides et al, Company Law, 4th edition , Jordon , 2000m P.627
- (8) Lord et al , Gore – Browne on Companies, articles 30.11 & 1, supplement 46.44th edition , Jordon , 2nd volume, January 2004
- (9) J.Mestre,E.Putman et M.Billiau – Traité de droit civil –Droit spécial des sûretés réelles- J.Ghestiain-L.G.D.J-1980- no,860v.

رقم الإيداع (2021 / 771)